Antônio Carlos Wolkmer

HISTÓRIA DO DIREITO NO BRASIL

REVISTA E ATUALIZADA

3ª edição

EDITORA FORENSE

HISTÓRIA DO DIREITO NO BRASIL

Para
STEFAN GABRIELE

História do Direito só alcança real significado enquanto interpretação crítico-dialética da formação e da evolução das fontes, idéias norteadoras, formas técnicas e instituições jurídicas, primando pela transformação presente do conteúdo legal instituído e buscando nova compreensão historicista do Direito num sentido social e humanizador.

SUMÁRIO

ABREVIATURAS E SIGLAS USADAS

abr.	abril
bib.	biblioteca
cf.	conferir
Cia.	companhia
CNPq	Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
coord.	coordenador
depto.	departamento
dir.	diretor
ed.	edição
Ed.	Editora
ESAF	Escola de Administração Fazendária
ESAG	Fundação de Estudos Superiores de Administração e Gerência
IBEJ	Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos
IBF	Instituto Brasileiro de Filosofia
IDA	Instituto de Direito Alternativo
IFIL	Instituto de Filosofia da Libertação
INL	Instituto Nacional do Livro
jun.	junho
mar.	março
n.	número
op. cit.	Opus citatum
org.	organizador
out.	outubro
p.	página
Pe.	Padre
PR.	Paraná
PUC	Pontífica Universidade Católica
RS	Rio Grande do Sul
SBPC	Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência
SC	Santa Catarina
s/d	sem data
t.	tomo
UDESC	Universidade Estadual de Santa Catarina
UFSC	Universidade Federal de Santa Catarina
UnB	Universidade Nacional de Brasília
UNESP	Universidade Estadual Paulista
UNIJUÍ	Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul
Unisinos	Universidade do Vale do Rio dos Sinos
UNISUL	Universidade do Sul de Santa Catarina
UNOESC	Universidade do Oeste de Santa Catarina
URI	Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
USP	Universidade de São Paulo
v.	volume

INTRODUÇÃO

É inegável o significado da retomada dos estudos históricos no âmbito do Direito, principalmente quando se tem em conta a necessidade de repensar e reordenar uma tradição normativa, objetivando depurar criticamente determinadas práticas sociais, fontes fundamentais e experiências culturais pretéritas que poderão, no presente, viabilizar o cenário para um processo de conscientização e emancipação. Naturalmente esta preocupação distancia-se de uma historicidade jurídica estruturada na tradição teórico-empírica construída pela força da autoridade, da continuidade, da acumulação, da previsibilidade e do formalismo. A obtenção de nova leitura histórica do fenômeno jurídico enquanto expressão cultural de idéias, pensamento e instituições implica a *reinteração das fontes do passado* sob o viés da interdisciplinaridade (social, econômico e político) e da *reordenação metodológica*, em que o Direito seja descrito sob uma perspectiva desmitificadora. Para atingir "esta condição histórico-crítica sobre determinado tipo de sociedade e suas instituições jurídicas, impõe-se, obrigatoriamente, visualizar o Direito como reflexo de uma estrutura pulverizada não só por certo modo de produção da riqueza e por relações de forças societárias, mas, sobretudo, por suas representações ideológicas, práticas discursivas hegemônicas, manifestações organizadas de poder e conflitos entre múltiplos atores sociais".[1]

Assim, participa-se da preocupação constantemente evidenciada por alguns juristas que questionam o conhecimento dogmático e estimulam uma visualização mais sócio-política da historicidade jurídica.[2] Aceitar a politização das idéias e das instituições jurídicas significa superar todo e qualquer viés metodológico representado pelo historicismo legal de cunho formalista, erudito e elitista.

Por conseguinte, nessa renovação crítica da historicidade jurídica, engendrada e articulada na dialética da vida produtiva e das relações sociais, torna-se imperioso explicitar a real apreensão do que possam significar as formas simbólicas de "instituições jurídicas", "cultura jurídica" e "História do Direito", num contexto interpretativo crítico-ideológico.

Nessa perspectiva, parte-se da premissa de que as instituições jurídicas têm reproduzido, ideologicamente, em cada época e em cada lugar, fragmentos parcelados, montagens e representações míticas que revelam a retórica normativa, o senso comum

---

[1] WOLKMER, Antonio C. Fundamentos de História do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 7.
[2] Vide, neste sentido: CORRADINI, Domenico. *Historicismo y Politicidad del Derecho*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1982; SCHIAVONE, Aldo. *Historiografía y Crítica del Derecho*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1982; HESPANHA, Antonio M. *A História do Direito na História Social*. Lisboa: Livros Horizontes, s/d. ____. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*. S/I: Publicações Europa-América, 1997; T ARELLO, Giovanni. *Cultura Jurídica y Política del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995. BERMAN, Harold J. *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996; BRETONE, Mario. *Derecho y Tiempo en la Tradición Europea*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

legislativo e o ritualismo dos procedimentos judiciais. Tal condição se aproxima de uma primeira noção de *instituição jurídica*, projetada como estrutura normativa sistematizada e permanente, atuando e coordenando determinados núcleos de ação que têm funções específicas (controle social, sanção, administração política e financeira, ordem familiar, satisfação das necessidades comunitárias), operadores profissionais (juiz, advogado, defensor público) e órgãos de decisão (tribunais de justiça).

Justifica-se, deste modo, a importância da presente incursão teórica sobre alguns momentos do processo histórico-evolutivo de nossa cultura jurídica, porquanto o enfoque não recairá num historicismo meramente linear, assentado numa dinâmica regular do "tradicional" para o "moderno ou do "religioso" para o "secularizado",[3] mas, tem-se a preocupação de contemplar uma historicidade marcada por crises, rupturas, avanços e recuos, bem como pela convivência de contradições, desigualdades e conflitos dentro de um espaço capitalista neocolonial, dependente e periférico.

Ademais, a proposta temática, ao repensar as idéias, as formas oficializadas de pensamento e as instituições jurídicas nacionais, não só problematiza o Direito como fenômeno sócio-cultural, mas, sobretudo, redimensiona o conceito de cultura[4] sob a luz de uma contextualização crítico-ideológica. Deixando de lado a concepção elitista de cultura – associada à acumulação de conhecimentos, à uniformidade de padrões transmitidos e à racionalidade individualista - busca-se introduzir a noção de cultura à práxis humana e às manifestações intelectivas da consciência criadora de um povo. Pode-se, com efeito, particularizar uma certa prática de cultura, atribuindo maior significado à cultura popular ou à erudita, à cultura das classes subalternas ou das classes dominantes. Reconhecendo uma "circularidade" de influências recíprocas entre os dois níveis, Carlo Ginzburg assinala que a expressão *cultura* pode definir "o conjunto de atitudes, crenças, códigos de comportamento próprios das classes subalternas num certo período histórico (...)".[5]

---

[3] BOSI, Alfredo. "Prefácio". *In*: MOTA, Carlos Guilherme. *Ideologia da Cultura Brasileira (1933-1974)*,4. ed. São Paulo: Ática, 1978.

[4] Recordando algumas formulações convencionais de cultura, cumpre assinalar que esta pode expressar:

a) "a totalidade das manifestações e formas de vida que caracterizam um povo". JAEGER, Werner. *Paidea*. *A Formação do Homem Grego*. São Paulo: Martins Fontes, 1979, p. 7.

b) "o conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar-se a si mesmo." REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 25-26.

c) "cultura é o conjunto das práticas, das técnicas, dos símbolos e dos valores que se devem transmitir às novas gerações para garantir a reprodução de um estado de coexistência social", BOSI, Alfredo. Dialética da Colonização. São Paulo: Companhia das Letras, 1992,.p. 16.

Para uma maior precisão, consultar ainda: MALINOWSKI, Bronislaw. *Uma Teoria Científica da Cultura.* 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975; GEERTZ, Clifford. *A Interpretação das Culturas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

[5] GINSBURG, Carlo. *O Queijo e os Vermes*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 16-17.

Com essa preocupação, aparece aqui a opção comprometida do jurista-historiador por uma narrativa calcada na compreensão de cultura como instrumental de significações capaz de sublinhar a historicidade das contradições entre alienação/dependência/exploração e libertação/ emancipação, quer no que se refere aos indivíduos, quer no que se refere às instituições sociais. Daí se depreende, igualmente, a significação de *cultura jurídica* como as representações padronizadas da (i)legalidade na produção das idéias, no comportamento prático e nas instituições de decisão judicial, transmitidas e internalizadas no âmbito de determinada formação social.

Uma vez explicitado o marco teórico e o tipo de História do Direito almejado - sua interação com instituições e cultura - assinala-se, agora, o espaço para uma preocupação didático-pedagógica. Cabe referir, de forma convencional, a questão do conceito, da natureza dos objetivos da área de investigação e a revisão da literatura no âmbito nacional.

Pode-se *conceituar* a História do Direito como a parte da História geral que examina o Direito como fenômeno sócio-cultural, inserido num contexto fático, produzido dialeticamente pela interação humana através dos tempos, e materializado evolutivamente por fontes históricas, documentos jurídicos, agentes operantes e instituições legais reguladoras.

A *natureza* da História do Direito é marcada por uma distinção clássica entre "história externa" e "história interna". A primeira trata do exame formal dos acontecimentos político-sociais que engendram e influenciam as fontes clássicas do Direito (documentos, legislação, costumes, jurisprudência). A segunda é um estudo material da vida dos institutos e das instituições públicas e privadas (família, propriedade, evolução do contrato, desenvolvimento das corporações etc.).

Quanto aos objetivos da História do Direito, o intento é "fazer compreender como é que o Direito atual se formou e se desenvolveu, bem como de que maneira evoluiu no decurso dos séculos".[6] Igualmente, a meta é o "exame crítico das legislações passadas com o fim de expor as suas sucessivas transformações, salientando os modos por que estas se verificaram, de acordo com as mudanças da consciência, das condições e necessidades sociais".[7] Em suma, a *finalidade essencial* da História do Direito é a interpretação crítico-dialética da formação e da evolução das fontes, idéias norteadoras, formas técnicas e instituições jurídicas, primando pela transformação presente do conteúdo legal instituído e buscando nova compreensão historicista do Direito num sentido social e humanizador.

---

[6] GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988, p. 13.
[7] TRIPOLI, César. *História do Direito Brasileiro*. Época Colonial. vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936, p. 12.

A tradição da literatura sobre o desenvolvimento da História do Direito no Brasil no que se refere às suas fontes e à sua produção tem sido discreta e pouco satisfatória. Em grande parte trata de uma historiografia que cobre, do período colonial ao Império, estudos descritivos e pouco sistemáticos, marcados por um enfoque tradicional e algumas vezes erudito, mas sem uma contextualização crítica maior. Talvez isso possa ser o sintoma direto de que a disciplina História do Direito nunca foi correta nem devidamente considerada, desde a criação dos primeiros cursos jurídicos em 1827. Na verdade, foi somente com a Reforma Benjamin Constant, em 1891, responsável pela reorganização das faculdades de Direito, que se implantou a cadeira de História do Direito Nacional. Contudo, a pobreza de pesquisas nesta área e a falta de maior interesse na produção bibliográfica relegaram quase ao esquecimento a disciplina História do Direito Brasileiro, nos programas do ensino jurídico das inúmeras faculdades do país, ao longo da República.[8]

Uma breve revisão da literatura mostra que a primeira obra de importância foi a *História do Direito Nacional* (1895), escrita por José Isidoro Martins Júnior, um dos principais integrantes da Escola do Recife. Trata-se de trabalho pioneiro que abarca, de forma sucinta mas ordenada, a evolução do Direito do período colonial até a Independência. Ao par dessa referência, necessário é recordar que em 1927, a Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, em comemoração ao centenário da fundação dos cursos jurídicos no país, promoveu a organização de um livro jubilar, aglutinando diversos textos sobre a *História do Direito Brasileiro.* Contudo, obra singular pela clareza e sistematização foi a História do Direito Brasileiro, de César Tripoli, compreendendo, no primeiro volume, a época colonial (editado em 1936) e, no segundo tomo, parte do Império (edição de 1947). A morte do jurista inviabilizou avanço maior de seu inventário do Direito Nacional.

Talvez a pesquisa mais minuciosa e abrangente sobre nossas fontes legais, cobrindo os séculos XVI, XVII e XVIII, esteja registrada nos quatro volumes da História do Direito no Brasil, publicada nos anos 50, de autoria de Waldemar Ferreira. De outra parte, não pode ser esquecido o trabalho de Haroldo Valladão, *História do Direito, Especialmente do Direito Brasileiro*, caracterizado como exposição um tanto desordenada e acrítica apesar da riqueza de informações e da grande erudição. Por fim, merecem ainda registro as didáticas *Lições de História do Direito,* de Walter Vieira do Nascimento, que reservam seus quatro últimos capítulos ao Direito Brasileiro, bem como as descritivas e panorâmicas *História Resumida do Direito Brasileiro*, de Nilton Duarte Segurado e *Direito em História,* de Ronaldo Leite Pedrosa.

---

[8] Cf. TRIPOLI, César. Op. cit., p. 16-19.

De todas, merece destaque, pela erudição e pela qualidade da proposta, a obra do Prof. José Reinaldo de Lima Lopes, *O Direito na História. Lições Introdutórias*.[9]

Isso consignado e sem esgotar todas as obras que foram escritas sobre o assunto, cabe uma vez mais chamar a atenção para a especificidade deste livro como introdução sócio-política de alguns momentos da História do Direito no Brasil. Trata-se de uma perspectiva que busca destacar e entrelaçar a produção cultural de idéias, procedimentos e instituições como processo dialético de avanços, rupturas e superações. Faz-se assim, a leitura sob um viés histórico-crítico que compreende, como diz Octávio Ianni, "um questionamento do real a partir dos movimentos desse real, um modo de vê-lo no âmbito das diversidades e desigualdades que fundam as suas contradições. Assim, descortina um horizonte diferente, por meio do qual se pode deslindar o caleidoscópio em que se mesclam e distinguem o passado e o presente".[10]

Essas asserções conduzem à imediata explicação dos *principais objetivos* deste livro, que se direcionam no sentido de reinventar brevemente a trajetória da historicidade jurídica nacional, quer apontando seus mitos falácias e contradições, quer evidenciando seu perfil e sua natureza ideológica. Tais constatações refletem a especificidade de uma tradição legal profundamente comprometida com uma formação social elitista agrário-mercantil, antidemocrática e formalista. Mais claramente nos *objetivos*, procura-se demonstrar que a transposição e a adequação do direito escrito europeu para a estrutura colonial brasileira acabou obstruindo o reconhecimento e a incorporação de práticas legais nativas consuetudinárias, resultando na imposição de um certo tipo de cultura jurídica que reproduziria a estranha e contraditória convivência de procedimentos burocrático-patrimonialistas com a retórica do formalismo liberal e individualista. A dinâmica dessa junção eclodiu nos horizontes ideológicos de uma tradição legal - seja no âmbito das idéias",

---

[9] Para comprovação, consultar: MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. *História do Direito Nacional.* 3. ed. Brasília: Depto. de Imprensa Nacional, 1979; TRIPOLI, César. Op. cit.; FERREIRA, Waldemar. *História do Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1962; VALLADÃO, Haroldo. *História do Direito, Especialmente do Direito Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984; SEGURADO, Milton Duarte. *História Resumida do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1982; PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*. 3. ed. Nova Friburgo: Imagem Virtual, 2000; LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História. Lições Preliminares*. São Paulo: Max Limonad, 2000. Devem-se registrar também obras panorâmicas de história das idéias e do pensamento jusfilosófico brasileiro, como: MACHADO NETO, A. L. *História das Idéias Jurídicas no Brasil.* São Paulo: Grijalbo, 1969; MENDES, Antonio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. São Paulo: Ibrasa; Curitiba: Ed. Univ. Champagnat, 1992. Apontam-se como significativas outras obras de cunho histórico que resgatam temas, experiências ou instituições jurídicas, particularmente: VENANCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao Bacharelismo*. São Paulo: Perspectiva, s/d.; SALDANHA, Nelson. *A Escola do Recife*. 2. ed. São Paulo: Convívio, 1985; ADORNO, Sergio. *Os Aprendizes do Poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988; DUTRA, Pedro. *Literatura Jurídica no Império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992.

[10] IANNI, Octávio. *A Idéia de Brasil Moderno*. São Paulo: Brasiliense, 1992, p. 83.

seja no âmbito das “instituições” - marcada pelo que se irá designar como perfil liberal-conservador. Essa direção está delimitada, particularmente, em três momentos da produção jurídica nacional, representados na vigência institucional do “Direito Público”, no espaço conflitivo do “Direito Privado oficial” e no processo de constituição do pensamento jusfilosófico pátrio.

Nada mais natural que a obra recaia na opção por um procedimento metodológico histórico-crítico sem descartar aproximações interdisciplinares, pois, além de envolver a discussão sobre uma totalidade específica e regionalizada, pulverizada por conflitos sócio-políticos, contradições estruturais e mitificações institucionalizadas, busca instituir, igualmente, um quadro cultural de reordenação do Direito “no conjunto das práticas sociais que o determinam”.

Por fim, assinala-se que a sistematização da obra compreenderá quatro etapas intrinsecamente amarradas na lógica seqüencial do tempo e do espaço. Inicia-se o primeiro capítulo com a problematização das relações entre a História e o Direito, procurando descrever a natureza e a função da historiografia tradicional, bem como a questão das mudanças sociais, a crise dos paradigmas e os novos marcos teórico-metodológicos que possibilitam repensar e alcançar outra historicidade das idéias e das instituições no Direito. No segundo capítulo, adentra-se pela singularidade do sistema institucional brasileiro durante o período da colonização, demarcando não só seus traços estruturais, mas, sobretudo, os primórdios de um Direito nativo desconsiderado pela Metrópole, a imposição da legislação romano-lusitana, os primeiros operadores jurídicos e a administração da justiça representada pelo Tribunal da Relação e pelos magistrados portugueses. O capítulo seguinte relata o processo histórico edificador da produção jurídica nacional a partir da independência do país, em 1822. Trata-se de precisar a relevância das fontes alienígenas na codificação do sistema legal brasileiro, especialmente de que modo as diretrizes do liberalismo político e econômico foram difundidas, adaptadas e exerceram influência na fundação das primeiras escolas de Direito (Recife e São Paulo) e na formação intelectual de uma elite burocrática composta por magistrados e por bacharéis profissionais, estes preparados para os serviços da administração no governo e na vida pública. Em suma, no último momento da obra procura-se descrever criticamente os parâmetros sócio-políticos da produção jurídica nacional, mediante três etapas históricas, configuradas na retrospectiva institucional do Direito Público, no espaço legal das instituições privadas e na problematização evolutiva do pensamento jurídico nacional.

Eis, portanto, os intentos desta investigação histórica: não tem a pretensão de traduzir uma história geral e completa, tampouco uma tese acadêmica rigorosamente neutra,

sistemática e científica, mas uma breve introdução histórico-crítica acerca de determinados momentos do Direito pátrio. Enfim, nos marcos de certos limites e possibilidades, contextualiza-se por meio de uma interpretação crítico-desmitificadora de teor sócio-político, a releitura e a revisão de nossa cultura jurídica tradicional, apontando para a construção de nova historicidade no Direito.

Capítulo I

PARADIGMAS, HISTORIOGRAFIA CRÍTICA E DIREITO MODERNO

1.1 Questões paradigmáticas para repensar a História

Examinar e problematizar as relações entre a História e o Direito reveste-se hoje da maior importância, principalmente quando se tem em conta a percepção da normatividade extraída de um determinado contexto histórico definido como experiência pretérita que conscientiza e liberta o presente. Naturalmente tal preocupação dissocia-se de uma historicidade do jurídico, marcada por toda uma tradição teórico-empírica assentada em proposições revestidas pela força da continuidade, da previsibilidade, do formalismo e da linearidade. Mas, para alcançar nova leitura histórica do fenômeno jurídico enquanto expressão de idéias, pensamento e instituições, é necessário apurar a distinção das especificidades inerentes a cada campo científico do que seja História, do que seja Direito, bem como o sentido e a função de uma interpretação que se reveste do viés tradicional ou crítico.

Antes de tratar de questões relativas à vinculação mais direta da historiografia, historicidade e história ao Direito, passamos a considerar a História como área de investigação com autonomia e características próprias. Neste sentido, a História pode ser visualizada como a sucessão temporal dos atos humanos dinamicamente relacionados com a natureza e a sociedade.[1] A História expressa a complexa manifestação da experiência humana interagida no bojo de fatos, acontecimentos e instituições. O caráter mutável, imperfeito e relativo da experiência humana permite proceder múltiplas interpretações dessa historicidade. Daí a formulação, ora de uma História oficial, descritiva e personalizada do passado, e que serve para justificar a totalidade do presente, ora da elaboração de uma História subjacente, diferenciada e problematizante que serve para modificar/recriar a realidade vigente. A postura contrastante entre História tradicional e História "alternativa" é perfeitamente sentida por historiadores como Peter Burke, identificados com a "nova História". Utilizando categorias advindas da filosofia da ciência (Thomas Kuhn) e da Escola dos Annales, Peter Burke observa que a percepção da inconsistência do paradigma

[1] Cf. BESSELAAR, José Van Den. *Introdução aos Estudos Históricos*. 3. ed. São Paulo: Herder, 1970, p. 29; CARR, E. H. *Que é História*? Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976. VEYNE, Paul. *Como se Escreve a História/Foucault Revoluciona a História*. Brasília: UnB, 1982; LE GOFF, Jacques. História e Memória. 3. ed. Campinas: Unicamp, 1994.

tradicional foi motivada por ampla variedade de mudanças que levaram à redefinição dos conceitos, das fontes, do método e da interpretação da História escrita.[2]

A análise atenta leva o historiador inglês a indicar alguns pontos essenciais que distinguem a "antiga" da "nova" História.

Primeiramente, há de se observar que a "nova" História começou a privilegiar toda a "atividade humana", desde os mínimos detalhes, o trivial e o cotidiano. Tal preocupação explica um relativismo cultural destruidor de tradicionais hegemonias temáticas que distinguem acontecimentos importantes e que merecem ser narrados e outros que devem ser postos de lado e esquecidos. Agora, "tudo tem uma História".[3] Um segundo aspecto a considerar é que a "nova" História não se ocupa mais da narração de acontecimentos, mas, sobretudo, das mudanças estruturais, mormente no social e no econômico. A terceira constatação é que a História convencional parte de uma perspectiva de cima, ou seja, tem destacado a obra dos "grandes homens, estadistas, generais ou ocasionalmente eclesiásticos. Ao resto da humanidade foi destinado um papel secundário no drama da história".[4] Trata-se agora de recuperar a experiência histórica das bases, das pessoas comuns e das mentalidades coletivas que aspiram por rupturas sociais. Um quarto ponto que cabe sublinhar é a obrigatoriedade de redefinir as fontes, ainda muito presas aos registros oficiais e aos documentos preservados em arquivos, buscando outros tipos de evidências confiáveis. Além da crítica que pode ser feita ao modelo tradicional de interpretação e explicação histórica, Burke assevera, por último, a presunção do paradigma tradicional em se ater a uma suposta objetividade dos fatos que não existe, pois a realidade é sempre visualizada através de representações, preconceitos e estereótipos.[5]

Essa distinção entre "antiga" e "nova" História, introduzida por Peter Burke, permite aprofundar a incursão no sentido de ter presente a inadequação de um modelo teórico tradicional e a consciência do rompimento, estabelecendo com clareza que tipo de perspectiva histórica é radicalmente rejeitada e que espécie de historicidade se busca. Não mais uma história de justificações do passado, mas de transgressões e rupturas em relação ao presente.

Daí resulta o desafio apontado por José Honório Rodrigues, quando interpreta a história da cultura e da sociedade brasileira, ou seja, a recuperação de outro tipo de historicidade comprometida com a transformação do mundo, e com a salvação do próprio homem.[6] É a recusa de uma historicidade identificada com a verdade dominante, oficial,

---

[2] Cf. BURKE, Peter (org.). A Escrita da História: Novas Perspectivas. São Paulo: UNESP, 1993, p. 19-20.
[3] BURKE, Peter. Op. cit., p. 11.
[4] BURKE, Peter. Op. cit., p. 12-13.
[5] Cf. BURKE, Peter. Op. cit. p. 14-15.
[6] RODRIGUES, José Honório. *Filosofia e História*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981, p. 29.

arcaica e colonizada, e a opção por uma História “criadora e militante, que combate pela renovação e pela transformação constante do mundo, por sua melhoria, sua paz, sua justiça. A História está indissoluvelmente ligada à consciência, o que nos leva, ou deve levar, a agir de modo histórico-político. O passado não deve ser estudado como um objeto morto, como uma ruína, nem como uma fonte de autoridade, mas como uma experiência apreendida e consolidada”.[7] A partir de uma interpretação das raízes históricas de nosso passado, José Honório Rodrigues utiliza-se da História como uma ciência instrumental que critica a realidade presente, assumindo papel de subversão ao cenário de opressão, manipulação e dependência. Tenta demonstrar em seus estudos históricos a missão política do historiador, que não pode ser de omissão e alheamento aos acontecimentos da realidade presente, mas de um agente de motivação no sentido de contribuir para capacitar o povo a fazer sua própria história. Esse engajamento do historiador implica também a reinterpretação das fontes do passado, a redefinição da pesquisa historiográfica e a reordenação metodológica.[8]

A mesma preocupação por uma História crítica e flexível é defendida por A. Vivar Flores quando busca o marco de referência teórica para embasar uma proposta de libertação latino-americana. Até hoje fez-se uma interpretação elitista da História, impondo-se, como aclama Leonardo Boff (citado por A. Vivar Flores), a “História dos que triunfaram, dos que chegaram ao poder. Não é a história dos vencidos, dos humilhados e ofendidos. Estes são esquecidos”.[9]

Há que se fazer uma releitura da História de nosso continente periférico, processo este que implica “recuperar a verdadeira história da América Latina, feita pelo homem latino-americano, até agora silenciado pela ‘história oficial’, sustentada pelos grupos de poder de dentro e de fora do território latino-americano”.[10]

Esses subsídios oferecidos por cientistas sociais, como P. Burke, J. H. Rodrigues e A. V. Flores, possibilitam-nos repensar o campo da História dentro de nova perspectiva metodológica, bem como sua aproximação e interação com o fenômeno jurídico sob o viés crítico desmitificador.

1.2. Historiografia jurídica tradicional: natureza e função

Na trajetória da cultura jurídica moderna há consenso de que áreas de investigação, como História do Direito, História das Instituições Jurídicas e História das Idéias ou do

[7] RODRIGUES, José Honório. Op. cit., p. 30.
[8] Cf. RODRIGUES, José Honório. Op. cit., p. 31-32.
[9] FLORES, Alberto Vivar. Antropologia da libertação latino-americana. São Paulo: Paulinas, 1991, p. 39. 10 Ibidem.
[10] *Ibidem*

Pensamento Jurídico, estão todas identificadas, ora com um saber formalista, abstrato e erudito, ora com uma verdade extraída de grandes textos legislativos, interpretações exegéticas de magistrados, formulações herméticas de jusfilósofos e institutos arcaicos e burocratizados. Todavia, essa longa tradição foi interrompida nas últimas duas décadas por um renovado interesse de natureza crítico-ideológica por questões metodológicas sobre a História do Direito. Tal *approach* reflete também o esgotamento de certo tipo de historiografia jurídica embasada em valores liberal-individualistas. Essa retomada do viés historicista acerca das idéias ou das instituições jurídicas busca superar a demasiada crise que se abateu sobre esse campo de pesquisa. A pouca relevância da disciplina não se deve à falta de especialistas ou aficcionados, mas muito mais em função de uma crise motivada por sua falta de significado e pela dificuldade de encontrar uma função que realmente justifique sua existência.[11]

Na verdade, uma análise mais atenta sobre as razões do exaurimento da História do Direito realça o fato de que a historiografia jurídica da modernidade, constituída em grande parte por princípios e valores liberal-burgueses, desempenha, no dizer de Antonio M. Hespanha, dois objetivos muito claros:

a) primeiramente, "relativizar e, conseqüentemente, desvalorizar a ordem social e jurídica pré-burguesa, apresentando-a como fundada na irracionalidade, no preconceito e na injustiça";

b) segundo, realizar "a apologia da luta da burguesia contra essa ordem ilegítima (Ancien Régime) e a favor da construção de um Direito e de uma sociedade 'naturais' e harmônicos, isto é, libertos da arbitrariedade e historicidade anteriores".[12]

Obviamente que a crítica burguesa empregada contra o antigo Direito e as organizações políticas feudais gerou efeitos e foi eficaz num primeiro momento histórico, mas acabou perdendo significado com a edificação da ordem e da hegemonia liberal-individualista. Assim, a missão da historiografia tornou-se mecanismo de endeusamento da ordem jurídica, política e social do modo de produção capitalista, na medida em que o espaço institucionalizado passa a ser coberto por um "universo ideológico apresentado como uma situação natural e independente do devir histórico".[13] Daí a historiografia jurídica presa aos textos legais e à exegese de seus corifeus orientar-se rumo, ora a um formalismo técnico-dogmático, ora a uma antiquada erudição da vida social.

---

[11] HESPANHA, Antonio M. *A História do Direito na História Social*. Lisboa: Livros Horizontes, s/d., p. 09. Ver, igualmente do mesmo autor: "Nova História e História do Direito". In: Vértice. Coimbra, v. 46, n° 470/472 (abr./jun. 1986), p. 17-33; *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime*. *Colectânea de Textos*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984.
[12] *Ibidem*
[13] HESPANHA, Antonio M. *A História do Direito na História Social*. Op. cit., p. 11.

Dessa forma, como salienta o lúcido investigador do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, alguns juristas-historiadores declinaram para uma narrativa "conservadora e dogmática, que visava a 'justificação' da ordem social e jurídica vigente, tentando provar que ela mergulhava na 'tradição', no 'espírito nacional', ou que resultava num paulatino progresso do 'espírito humano'.[14] Tal postura negligenciava toda e qualquer explicitação do Direito por um processo dinâmico, inserido no bojo de conflitos e tensões sociais. Outra tendência dos operadores do legalismo no meio acadêmico era a desconsideração a uma historicidade das instituições que possibilitasse, na formação dos juristas, a prática de condutas eficazes e legitimamente identificadas com os problemas da sociedade. Com isso favorecia-se a oficialização de uma historiografia "erudita e passadista que tendia a refugiar-se nas épocas históricas mais remotas"[15] e em discussões meramente teórico-acadêmicas de cunho idealista/abstrato.

O surto do historicismo tradicional, ocultando-se no suposto mito da neutralidade do saber e da universalidade dos princípios da ciência positivista, expressão da fase concorrencial do Capitalismo, abnega o "problema crítico do conhecimento histórico" e ordena-se por uma perspectiva linear, estática e; conservadora. Forja-se, assim, um conhecimento histórico elitista calcado na construção mútua da "neutralidade da cultura e dos intelectuais, (...) transformados numa espécie de instância arbitral colocada acima dos conflitos de classe".[16]

Na medida em que a historiografia tradicional (liberal-burguesa) passa a ser mera disciplina de justificação da ordem legal imperante e da acumulação de conhecimentos para a chamada "cultura superior", sem fins úteis para com a realidade, a História do Direito perde sua significação e entra em constante descrédito, constituindo-se num campo do saber de pouca utilidade, acabando, seus pressupostos, por sucumbir numa crise de eficácia. As profundas mudanças epistemológicas nas ciências humanas, os novos interesses, a insurgência de conflitos sociais e as recentes transformações por que vêm passando as formas de vida contemporânea determinam uma renovação metodológica nos estudos históricos das instituições jurídicas e políticas.

Desta feita, urge redefinir, na historicidade da crise, os novos marcos teóricos-metodológicos que possibilitam alcançar novo paradigma, envolvendo modalidades alternativas de interpretação, pesquisa e investigação histórica. Não mais uma historicidade

---

[14] HESPANHA, Antonio M. *História das Instituições*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 33
[15] *Ibidem*.
[16] HESPANHA, Antonio M. *A História do Direito na História Social*. Op. cit., p. 12-13.

linear, elitista e acumulativa, mas problematizante, desmitificadora e transformadora. Tendo em conta esse tipo de preocupação, importa refletir um pouco mais a questão das mudanças sociais, a crise dos paradigmas e os novos referenciais para repensar a historicidade das idéias e das instituições no Direito.

1.3 Novos marcos na historicidade do direito

A renovação crítica na historiografia do Direito - no âmbito de suas fontes históricas, suas idéias e de suas instituições - começa a aparecer em fins dos anos 60 e ao longo da década de 70.[17] Trata-se de substituir os modelos teóricos, construídos de forma abstrata e dogmatizada, por investigações históricas, engendradas na dialética da produção e das relações sociais concretas. Sendo assim, há de se apontar que tipo de influências do pensamento filosófico e da teoria social contribuiu para repensar, quer a compreensão historicista do universo jurídico, quer o desenvolvimento crítico da historiografia do Direito.

Scm ater-se a uma descrição pormenorizada e exaustiva, cabe assinalar cinco “eventos epislemológicos” que exerceram e ainda exercem significativa influência como marco de referência aos novos estudos históricos do Direito na América Latina. A título exemplificativo, começa-se com o registro dos três primeiros “eventos”, também já mencionados pelo jurista-historiador Antonio M. Hespanha.

1) O primeiro deles é a emergência, principalmente na Europa Ocidental, no final da década de 60, de uma corrente progressista de cunho neomarxista, que desencadeou profundas mudanças na teoria social em geral. A este propósito, Antonio M. Hespanha escreve que a “renovação dos estudos marxistas, possibilitada politicamente pelo fim da guerra fria, consistiu na revaloração dos próprios textos clássicos e na descoberta das potencialidades teóricas da interpretação gramsciana do marxismo, mérito de G. Della Volpe e de L. Althusser e suas escolas”.[18] A retomada dos escritos de A. Gramsci propiciava o deslocamento do dogmatismo e do mecanicismo leninista para uma política cultural mais flexível e aberta à autocrítica. Já Louis Althusser parte da desconstrução estruturalista e economicista para lançar as bases epistemológicas de uma ciência “pura” do marxismo. O aumento do debate sobre a teoria marxista, bem como o amplo alcance de uma revisão necessária de seus cânones, coincidiu com a explosão do movimento de 68, cuja

---

[17] Cf. HESPANHA, Antonio M. *A História do Direito na História Social*. Op. cit., p. 14-15; ____. *Nova História e História do Direito*, p. 21 e segs.

[18] HESPANHA, Antonio. *A História do Direito na História Social*. Op. cit., p. 14-15; ____. *Nova História e História do Direito*, p. 22.

manifestação. mais intensa foi o movimento estudantil de Maio de 68 que, imbuído por uma estratégia antiimperialista e anticapitalista, trouxe consigo o discurso dos "novos sujeitos sociais e os novos conteúdos da revolução", materializando a crítica ideológica da ciência, das instituições e da divisão social do trabalho.[19] Sob o ângulo da Historiografia, contribuição importante foi a reação à filosofia analítica por parte do marxismo britânico, representado por teóricos como E. Hobsbawm, C. Hill e E. P. Thompson,[20] no sentido de discutir e fundar uma historiografia social.

2) Outro "evento epistemológico" é a proposta de uma "teoria crítica" de inspiração neomarxista-freudiana, representada pela Escola de Frankfurt e tendo como ideólogos T. Adorno, M. Horkheimer, H. Marcuse e J. Habermas. A grande contribuição da escola alemã é propor uma filosofia histórico-social que possibilite a mudança da sociedade a partir da constituição de novo tipo de homem. De um homem emancipado de sua condição de alienado, da sua reconciliação com a natureza não-repressora e com o processo histórico por ele montado. A meta de alcance utópico está na reconciliação entre o sujeito social, a natureza não-repressora e a história.[21] Naturalmente, a teoria crítica revela-se como instrumental operante que permite a tomada de consciência dos sujeitos na história e a ruptura de sua condição de opressão, espoliação e marginalidade. Além desse aspecto relevante da teoria crítica enquanto processo adequado ao esclarecimento e à emancipação, recuperando todo um conteúdo utópico-libertador do pensamento ocidental, destaca-se, igualmente, como contundente "crítica dos grandes mitos da 'objetividade' da filosofia burguesa, nomeadamente o positivismo e o neopositivismo".[22] Sendo assim, para efeito de uma Filosofia da História, é, de um lado, a afirmação da "validade teórica do subjetivismo e do idealismo 'humanistas'"; de outro, sob o aspecto prático, "traz para a experiência da investigação histórica novos domínios da realidade humana e social, com o que se abrem novos problemas e se exigem novas sínteses explicativas."[23]

3) terceiro referencial a considerar como contribuição à renovação da historiografia ocidental (particularmente da periferia) é o conjunto de critérios de investigação e análise posto pela Escola francesa dos "Annales". Um recorte bem talhado de seus traços é delineado na apresentação de obra coletiva, publicada na França em 1980, na revista *Magazine Littéraire*:

---

[19] Cf. KALLSCHEUER, Otto. "Marxismo e Teorias do Conhecimento". *In*: HOBSBAWM, Eric r. (org.). *História do Marxismo. O Marxismo Hoje*. Segunda Parte. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, V. 12, p. 14-15, 17; ANDERSON, Perry. *Considerações sobre o Marxismo Ocidental.* Porto: Afrontamento, s/d.
[20] THOMPSON, Edward P. Senhores & Caçadores. *A origem da Lei Negra*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
[21] WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 5-8.
[22] HESPANHA, Antonio M. A História do Direito na História Social. Op. cit., p. 15.
[23] *Ibidem*

“Gerada pelo grupo que dirigiu a revista francesa Annales - que teve como figuras centrais Lucien Febvre, Marc Bloch e Fernand Braudel, a chamada Nova História sofreu um grande impulso nos últimos quinze anos, ao ponto de tomar-se a expressão mais características da historiografia francesa dos nossos dias.

De facto, em França (e não só), a história das mentalidades, a história-problema vieram ocupar o espaço da história-relato. O próprio facto histórico - durante tanto tempo um valor seguro da ciência positivista - passou a ser um material como qualquer outro, tal como no caso da Economia Política, da Lingüística, da Demografia ou da Psicanálise”.[24]

Na verdade, desfazem-se liames do paradigma tradicional da narrativa histórica, envolto na complexidade de grandes estruturas explicativas isoladas, marcadas ora por um idealismo eclético, ora por um mecanicismo cientificista, optando-se, agora, por uma História que inter-relaciona os diversos significados da atividade humana. Deste modo, a renovação da História sob o aspecto da “significação” interdisciplinar proposta pela Escola dos “Annales” objetiva, segundo o preciso esclarecimento de Antonio M. Hespanha:

a) ultrapassar o positivismo histórico, inclinado “para a pura descrição de fatos isolados (...), através de um esforço no sentido de surpreender as estruturas mais profundas e mais estáveis (estruturas demográficas, econômicas, culturais, lingüísticas, etc.) que explicam a verificação e o encadeamento desses fatos”;

b) eliminar os obstáculos “que se levantam entre os diversos setores especializados da história (...) de modo a estabelecer uma história global, restaurando a unidade real da vida, em que os diversos aspectos de atividade humana se inter-relacionam”;

c) buscar uma História Social que “se socorra dos resultados das ciências humanas (sociologia, lingüística, economia, semiologia)...”;

d) finalmente, ter em conta a “história não só como ciência do passado (...), mas como ciência do presente, na medida em que, em ligação com as ciências humanas, investiga as leis de organização e transformação das sociedades humanas”.[24]

Transpondo esses pressupostos da “Nova História” para o campo das fontes, das idéias e das instituições jurídicas, chega-se à proposta de alinhamento de um modelo metodológico que venha redefinir as funções dos estudos históricos no âmbito do Direito. Tal postura implica adesão a uma estratégia interdisciplinar, não uma interdisciplinaridade

---

[24] LE GOFF, Jacques. LE ROY LADURIE, Emmanuel *et alii*. *História e Nova História*. Lisboa: Teorema, 1986, p. 5. Para um panorama geral da Escola Francesa, ver: BURKE, Peter. *A Escola dos Annales* -1929/1989.2. ed. São Paulo: UNESP, 1992; DOSSE, François. *A História em Migalhas: dos “Annales à Nova História”*. São Paulo: Ensaios, 1992; BOURDÉ, Guy; MARTIN, Hervé. *As Escolas Históricas*. S/I: Publicações Europa-América, s/d.; CARDOSO, Ciro Flamarion S. e VAINFAS, Ronaldo (orgs.). *Domínios da História: Ensaios de Teoria e Metodologia*. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 127-162.

meramente formal, mas que tenha presente a crítica e a transformação do conteúdo problematizado.

Se os três primeiros fatores - emergência do neomarxismo, da teoria crítica e da "Nova História" - desempenharam grande motivação e avanços na historiografia ocidental, importa consignar outras duas propostas que poderão exercer incisiva contribuição para os estudos histórico-jurídicos na América Latina, qual seja, o pensamento filosófico da libertação e a corrente da hermenêutica jurídica alternativa.

4) a quarta "linha de força" é a existência de um pensamento libertador latino-americano que se define por uma luta teórico-prática contra uma situação sócio-política de dominação, opressão, exploração e injustiça. É o combate à plena adversidade e a busca incontida por mudanças radicais. Algumas formulações teóricas têm desempenhado uma função essencial no desenvolvimento do "pensamento libertador" florescente na América Latina, como a *teoria da dependência* (vertente econômica/política: Theotonio dos Santos, Ruy M. Marini, A. Gunder Frank, Anibal Quijano, P. González Casanova), a *teologia da libertação* (G. Gutierrez, L. Boff, H. Assman), a *pedagogia libertadora do oprimido* (Paulo Freire) e a filosofia da libertação (E. Dussel, J. C. Scannone, Rodolfo Kusch, Arturo A. Roig e outros).[25]

Ademais, como escreve corretamente David S. Rubio, múltiplas devem ser consideradas as matrizes "condicionantes deste 'boom' libertador. Desde o peculiar fenômeno do populismo latino-americano, espécie de simulada alternativa às vias capitalista e socialista, passando pelos acontecimentos históricos tão significativos como a Revolução Cubana, a Guerra Fria, os efeitos do processo descolonizador dos povos do Terceiro Mundo, até a influência de figuras vinculadas diretamente com a arena política e social do porte de Camilo Torres, Fidel Castro, Salvador Allende, Frantz Fanon, Velasco Alvarado e Che Guevara".[26]

O que se deve destacar, como tributo do "pensamento libertador" latino-americano para a nova historicidade das formas de controle legal e de normatividade social, é a afirmação de uma alteridade emancipadora, mediante um Direito livre da injustiça e da coerção, composta por sujeitos-cidadãos autênticos. Introduzem-se, assim, na pesquisa histórica; os conceitos de "alteridade", "libertação" e "justiça social".

---

[24] HESPANHA, Antonio M. História das Instituições. Coimbra: Almedina, 1982, p. 17.
[25] Consultar neste sentido: SANCHEZ RUBIO, David. Proyección jurídica de la filosofía latino-americana de la liberación. Aproximación concreta a la obra de Leopoldo Zea y Enrique Dussel. *Tese de Doutoramento* apresentada na Universidade de Sevilha, 01.12.1994, 720 p.; CERUTI GULDBERG, Horácio. *Filosofia de la Liberacíón Latino-americana.* México: Fondo de Cultura Económica, 1983; FANON, Frantz. Os *Condenados da Terra*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.
[26] SANCHEZ RUBIO, David. Op. cit., p. 13.

5) Por último, a presença mais recente da prática e da hermenêutica jurídica alternativa. Não se trata rigorosamente de uma escola homogênea, com uma proposta acabada, mas muito mais de uma corrente que emerge, no final dos anos 80 e início dos 90 no Brasil, por parte de alguns magistrados (juízes gaúchos da AJURIS, como Amilton B. de Carvalho) e de professores universitários (Edmundo L. Arruda Jr., Roberto A. R. de Aguiar, José Geraldo de Souza Jr. e outros). Implica a estratégia de luta dentro da legalidade instituída (no âmbito dos aparatos institucionalizados) e da legalidade a instituir (esfera da pluralidade dos grupos e movimentos sociais que têm seus direitos negados e reprimidos). Exploram-se as fissuras e deficiências da ordem jurídica formal-individualista, buscando recuperar (através de interpretação crítica e aplicação humanista dos textos legais) a dimensão transformadora do Direito, pondo-o a serviço da libertação.[27]

Ainda que não se tenha elaboração sistematizada e definitiva de suas características, alguns critérios podem ser registrados, em função da proposta teórica de seus fundadores (Amilton B. de Carvalho, Edmundo Arruda Jr.). Senão, veja-se:

a) o Direito é um instrumento de luta a favor dos menos favorecidos e injustiçados;

b) rejeitam-se a neutralidade e a apoliticidade dos agentes e das instâncias de jurisdição;

c) busca-se construir uma sociedade democrática e pluralista;

d) opção metodológica por um instrumental histórico-social dialético;

e) privilegia-se a legitimidade das maiorias e a justiça social.[28]

Os efeitos inovadores da juridicidade alternativa podem perfeitamente contribuir para estabelecer novos parâmetros de fundamentação, conceituação e finalidade no estudo historiográfico das idéias e das instituições jurídicas.

Esses "eventos epistemológicos" aqui destacados revelam-se inesgotáveis subsídios para compor os novos referenciais metodológicos de uma hermenêutica crítica e interdisciplinar no estudo histórico das idéias e das instituições no campo do Direito.

Certamente que a meta é alcançar nova compreensão historicista que rompa com o culturalismo elitista e o dogmatismo positivista, permitindo que as múltiplas e diversas disciplinas históricas do Direito (História do Direito, História das Idéias e/ou do Pensamento

---

[27] Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 2. ed. São Paulo: Acadêmica, 1995, p. 142-145.

[28] Consultar neste sentido: CARVALHO, Amilton B. *Magistratura e Direito Alternativo.* São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 85-96; ARRUDA Jr., Edmundo L. de. *Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 115-142; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 151-167.

Jurídico, História das Instituições) deixem de ter sentido apologético e ilusório da ordem tradicional dominante, adquirindo sentido desmitificador e libertário. Libertador da verdade engendrada pela prática social e sintonizado com o "devir histórico" radicado na realização humana.[29] De um "devir histórico" em que o homem seja o ser privilegiado, seu significado maior, o real sujeito da história. Com isso descarta-se o falso modismo do "fim" da História e da "morte" do sujeito na história, Repensa-se num novo sujeito (sujeitos coletivos) como fonte de legitimação de nova historicidade normativa.

Daí que para promover nova concepção histórica das fontes, das idéias e das instituições impõe-se rever criticamente as ações, os acontecimentos e as produções do passado no que tange às práticas de regulamentação e de controle social. É o que se verá a seguir: antes do exame histórico-crítico da cultura jurídica brasileira, cabe problematizar o tipo de direito que foi transposto e incorporado com a colonização e indagar a natureza do moderno Direito liberal-burguês, a especificidade ideológica de suas instituições (pública e privada) e o núcleo caracterizador da historicidade de seu pensamento.

1.4. Pressupostos da modernidade jurídica burguesa: idéias e instituições

A cultura jurídica produzida ao longo dos séculos XVII e XVIII, na Europa Ocidental, resultou de um complexo específico de condições engendradas pela formação social burguesa, pelo desenvolvimento econômico capitalista, pela justificação de interesses liberal-individualistas e por uma estrutura estatal centralizada. Esse entendimento não só compartilha da idéia de que subsiste em cada período histórico uma prática jurídica dominante, como, sobretudo, confirma a concepção de que o Direito sempre é produto da vida organizada enquanto manifestação de relações sociais provenientes de necessidades humanas.

Há que se observar, assim, como essas diferentes estruturas causais compatibilizaram-se na constituição teórica e instrumental do moderno paradigma jurídico, marcado por determinadas características (geral, abstrato, coercível e impessoal) principais institutos (propriedade privada, liberdade de contratar e autonomia da vontade, direitos subjetivos) e cosmovisões jusfilosóficas hegemônicas (jusnaturalismo e positivismo jurídico).

Antes de tudo importa considerar, a nova visão de mundo que emerge com a modernidade, fundada numa racionalização ético-filosófica e técnico-produtiva, expressando valores, crenças e interesses próprios de camadas sociais emergentes em luta contra o feudalismo aristocrático-fundiário. Fatores como o renascimento, a reforma, o processo de

---

[29] Cf. HESPANHA, Antonio M. *A História do Direito na História Social*. Op. cit., p. 17-18.

secularização, as transformações econômico-mercantis e o progresso científico favoreceram o advento de uma cultura liberal-individualista. Os princípios norteadores da concepção político-social liberal-individualista definem-se prontamente com o advento do sistema comercial capitalista e com a organização social da burguesia individualista.

O liberal-individualismo, enquanto "princípio fundamental" que surge das condições materiais emergentes e das novas relações sociais, tornou-se proposta ideológica adequada às necessidades de um novo mundo, bem como à legitimação das novas formas de produção da riqueza e à justificação racionalista da era que nascia. O individualismo como expressão da moralidade social burguesa enaltece o homem como centro autônomo de escolhas econômicas, políticas e racionais; faz do ser individual um "valor absoluto". Nessa dinâmica histórica, a ordem jurídica é instrumentalizada como estatuto de uma sociedade que proclama a vontade individual, priorizando formalmente a liberdade e a igualdade de seus atores sociais. Daí a necessária distinção entre a velha e a nova ordem jurídica. A esse propósito descreve De La Torre Rangel: o Direito Medieval "reconhece a desigualdade social e trata de maneira desigual os desiguais. É um Direito que protege aos privilegiados (...)"[30], gerando um modo de produção injusto que tem seus efeitos minimizados pelo próprio reconhecimento da desigualdade. Assim, é um direito mais vivo e real.

Já o Direito moderno liberal-individualista se assenta numa abstração que oculta as condições sociais concretas. Tem a pretensão de ser "um Direito igual, supondo a igualdade dos homens sem tomar em conta os condicionamentos, sociais concretos, produzindo uma lei abstrata, geral e impessoal".[31] Na verdade, tal concepção de legalidade vai constituindo-se em fins da Idade Média com o crescimento e a influência dos mercadores que, gradativamente, vão lutando contra a velha estrutura feudal, "primeiro para sobreviver e depois para converter-se em classe hegemônica". Por sua vez, é natural a emergência de juristas identificados com os interesses dos estratos burgueses, desempenhando uma função significativa de desenterrar "as normas jurídicas romanas o as adaptando às necessidades dos mercadores, pondo especial ênfase em uma reinterpretação do Direito de Propriedade e do Direito Contratual".[32] Mais tarde, indo além do jusnaturalismo teológico defendido pelos doutores da Igreja, a doutrina laicizada do Direito Natural clássico, cultivada nas universidades, rompe com o silêncio da tradição jurídica romanística e põe em discussão a

---

[30] DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio, El *Derecho como Anna de Liberación en América Latina*. México: Centro de Estudios Ecuménicos, 1984, p. 40.
[31] DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. Op. cit., 1984, p. 40-41.
[32] DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. Op. cit., 1984, p. 41. Para um aprofundamento observar também: TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R. *O Direito e a Ascensão do Capitalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

noção dos direitos naturais subjetivos, que alcança seu ápice com a ascensão da burguesia na eclosão da Revolução Francesa.[33] No processo de constituição do liberalismo jurídico individualista, a escola do Direito Natural clássico consagrou, concomitantemente com a existência do Direito Privado, a criação de um Direito Público com efetividade para tornar "reais os direitos naturais do homem e garantir as liberdades da pessoa humana".[34] A partir do século XVIII, a doutrina passa a priorizar não mais o saber legal oficializado pelas universidades, mas o peso soberano da vontade do legislador.[35]

Com efeito, o jusracionalismo clássico contribuiu, no dizer De La Torre Rangel, para três fatores causais que modelam o moderno Direito liberal-individualista:

a) "A igualdade formal de todos os homens, ao consagrar os direitos subjetivos desconhecidos para o Direito romano";

b) "A codificação do Direito em normas gerais, abstratas e impessoais, ditadas pelo Estado legislador que chegará a identificar - como no positivismo do século XIX - o Direito com a Lei, esvaziando o Direito de toda a idéia de justiça";

c) "A criação do Direito Público paralelo ao Direito Privado, como forma de garantir os direitos subjetivos e a igualdade formal, proclamados do Direito Natural".[36]

É dentro desses marcos teóricos e operacionais que se pode caracterizar o Direito Moderno como direito estatal, centralizado, escrito, previsível (segurança e certeza jurídicas) e normativo. Sua estrutura técnico-formal é constituída por um complexo de normas de teor geral, abstrato, coercível e impessoal. O *princípio da generalidade* implica a regra jurídica como preceito de ordem abrangente, obrigando a um número de pessoas que estejam em igual situação jurídica. A lei é para todos e não apenas para algumas pessoas. Por outro lado, a norma de Direito é abstrata (*princípio da abstratividade*) porque objetiva alcançar maior número possível de ações e acontecimentos. A disposição legal é indeterminada, pois o legislador não pode produzir leis e códigos completos acabados, não tem condições de prever todos os casos concretos frente às contínuas mudanças da vida social. Por sua vez, a *coercibilidade* é a possibilidade do uso da coação psicológica e material garantida pelo poder político estatal. Trata-se do estado permanente da força ou coação, acionado pelo aparato estatal para constranger ou induzir à obediência de condutas a serviço das instituições em

---

[33] Cf. DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. Op. cit., 1984, p. 42. Para aprofundar essa discussão na perspectiva do Direito Público, confrontar: ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Público Europeo Tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza, 1994.
[34] DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. Op. cit., 1984, p. 43.
[35] DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. Op. cit., 1984, p. 43.
[36] DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. Op. cit., 1984, p. 43.

geral.[37] Por último, o *princípio da impessoalidade* refere-se à situação de "neutralidade" diante da particularidade individual, pois a aplicação da norma tem a pretensão de estender-se a uma quantidade indefinida de pessoas, de modo aleatório e não particularizado. Certamente que tais *princípios de abstração, generalidade e impessoalidade* têm no modelo liberal-individualista "um significado ideológico, o de ocultar a desigualdade real dos agentes econômicos, para desse modo se conseguir a aparência de uma igualdade formal, a igualdade perante a lei".[38]

Tal ordenação privativista equipara, com uma mesma medida, as desigualdades e as diferenças, situa os indivíduos num mesmo patamar, sem questionar as distinções que fazem da organização social uma pirâmide.[39]

Importa salientar agora alguns dos principais institutos do Direito liberal-individualista que se desenvolve no contexto da cultura social burguesa e da produção capitalista da riqueza. O primeiro grande instituto da juridicidade moderna é o *direito de propriedade*, simbolizando uma forma de poder qualificado como absoluto, exclusivo e perpétuo.[40] Enquanto na estrutura econômica feudal a propriedade fundiária assume um caráter fragmentário (instrumento de servilismo), porquanto a mesma porção de terra divide-se entre vários proprietários, subordinados uns aos outros (contraprestação), na ordem sócio-econômico capitalista o regime adquire um aspecto unitário e exclusivo, principalmente nos grandes textos burgueses-individualistas, como o Código Civil Francês. Ao romper com o sistema de exploração e privilégios feudais e ao dar destaque à propriedade privada, expressão do domínio absoluto e inviolável, a legislação napoleônica traduziu os interesses individualistas e os avanços revolucionários dos segmentos sociais que passaram a exercer, hegemonia, livre, agora, de encargos que oneravam a utilização do solo.[41]

O sagrado e inviolável direito de propriedade exclui de seu uso e gozo qualquer outro não-proprietário, sendo para quem dele dispõe um direito pleno e ilimitado. Não se deve esquecer, como assinala Gustav Radbruch, que para o liberalismo "o direito privado é o coração de toda a vida jurídica, e o direito público, pelo contrário, apenas uma, leve moldura

---

[37] Cf. DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. *Del Pensamiento Jurídico Contemporáneo. Aportaciones Críticas.* México: Escuela Libre de Derecho, 1992, p, 60-61; NOVOA MÓNREAL, Eduardo. *O Direito como Obstáculo à Transformação Social*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988, p. 131-144.
[38] FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do Sistema de Direito Privado*. Lisboa: Caminho, 1989, p. 50-52.
[39] GOMES, Orlando. *A Crise do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 86-87.
[40] Cf. DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. Op. cit., 1984, p. 56-57. Para o exame mais pormenorizado dos principais institutos do Direito Privado moderno, consultar: GALGANO, Francesco. *Il Diritto Privato Fra Codice e Costituzione*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1983; BARCELLONA, Pietro. *Diritto Privato e Società Moderna*. Napoli: Jovene editore, 1996.
[41] Cf. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 116-118 e 146-147.

que deve servir de proteção ao primeiro e, particularmente, a direito da propriedade".[42] Mas não é só isso. Interessa, igualmente, resaltar que a conceituação "individualista do direito real de propriedade (a relação entre os sujeitos e os bens) dá-nos uma visão estática desse Direito subjetivo como poder direto, imediato e exclusivo sobre os bens, escondendo o aspecto dinâmico de sua inserção na produção e, portanto, a irradiação de interesses centrados no mesmo bem, quando objecto de relações sociais.[43]

O *contrato* é outro símbolo máximo do poder da vontade individual numa estrutura sócio-econômica capitalista. O exacerbado individualismo da livre contratação e da autonomia da vontade funciona através do chamado negócio jurídico, um "instrumento de auto-regulamentação dos interesses dos particulares", que não deixa de ocultar a desigualdade real.[44] A construção jurídica da teoria individualista expressa as exigências de um novo modo de produção, equilibrando interesses e mediando as relações sócio-econômicas. Esse pacto montado conforme a declaração de vontade das partes intervenientes é concebido para homens abstratos, livres e que estejam na condição de igualdade formal, realidade específica dos proprietários burgueses. Sustenta Ripert que o "contrato é superior à lei como fonte jurídica vinculante, porque é aceito pelas partes, e não imposto, como a segunda".[45] Certamente o individualismo jurídico, que teve sua materialização plena no Código de Napoleão, consagrou o contrato como instrumento insubstituível das relações humanas, proclamando, entre os sujeitos iguais e autônomos, a soberania da liberdade de contratar. Os excessos do liberalismo contratualista não deixam de ser imperativos das novas conveniências políticas e das novas necessidades materiais da vida social burguesa.[46] Não sem razão, assinala Orlando Gomes que a apregoada liberdade contratual, enquanto pilar jurídico do sistema capitalista, tem sido uma "fonte das mais clamorosas injustiças. Em suas malhas se esconde a opressão real com que, veladamente, a classe dominante abroquela seus interesses materiais. Realmente, a liberdade de contratar é liberdade para o que possui esse poder; para aquele contra quem se insurge é, ao contrário, impotência. Não tem liberdade, não pode tê-la, quem possui como bem único a sua força-trabalho. Nesse fundamento do Direito Civil burguês manifesta-se, também, e sem subterfúgios, o conteúdo de classe que o domina".[47]

Não é possível compreender totalmente o Direito Moderno enquanto resposta de regulamentação aos problemas insurgentes da estrutura mercantilista e concorrencial sem deixar de contemplar algumas categorias nucleares como *sujeito de direito* e *direito subjetivo*.

---

[42] RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armenio Armado, 1979, p. 253.
[43] FIGUEIRA, Eliseu. Op. cit., p. 117.
[44] FIGUEIRA, Eliseu. Op. cit., p. 72-73.
[45] *In:* NOVOA MONREAL, Eduardo. Op. cit., p. 138.
[46] GOMES, Orlando. Op. cit., p. 113-114 e 267.
[47] GOMES, Orlando. Op. cit., p. 88.

O conceito de *sujeito de direito* individual materializa uma abstração formalista e ideológica de um “ente moral”, livre e igual, no bojo de vontades autônomas, reguladas pelas leis do mercado e afetadas pelas condições de inserção no processo do capital e do trabalho.[48] A questão do sujeito abstrato que dispõe de “personalidade jurídica” mediatiza a condição dos agentes que exercem o controle e a manipulação dos meios de produção e distribuição na sociedade, incidindo não apenas na singularidade de pessoas e indivíduos, mas também em grupos ou instituições, cujos interesses coletivos a norma se propõe tutelar.[49] Como se sabe, foi a partir do século XVIII que a doutrina clássica do Direito Natural reconheceu e fortaleceu a condição dos direitos subjetivos, encarados como “a possibilidade de fazer ou pretender fazer algo, de forma garantida, nos limites atributivos da regra do Direito”.[50] Reconhece Georges Sarotte que os direitos subjetivos implicam aquelas faculdades físicas e morais atribuídas às pessoas “que lhes permite agir em defesa dos seus interesses materiais e morais”.[51] De qualquer modo, pode-se compreender *direito subjetivo* como uma noção metafísica, uma convenção valorativa criada pela doutrina jurídica burguesa para expressar vontade livre e autônoma que reivindica e que requer direitos negados. Em suma, os direitos subjetivos estão diretamente vinculados às formulações da “autonomia da vontade” e ao “interesse juridicamente protegido”. É nessa perspectiva que é preciso situar, como faz Michel Miaille, que a noção de direito subjetivo é inseparável da “concepção de sujeito de direito revelado claramente pela revolução política de 1789. As reivindicações políticas trouxeram consigo a utilização do termo direito, embora a palavra desejo ou possibilidade tivesse sido mais justa. Ter-se-ia transformado em direitos o que não eram mais do que casos de proteção concedida pela lei a certos interesses”.[52]

Caberia mencionar ainda determinados “princípios-fins” do Direito Moderno, como a *segurança* e a *certeza jurídicas*. Para alguns, a segurança é uma necessidade fundamental da vida moderna organizada, tendo como fim imediato a realização da justiça, A doutrina tradicional alude que se trata da garantia dada a um indivíduo, a seus bens e a seus direitos, de que sua situação não será alterada senão por procedimentos regulares previstos na legislação.[53] Adverte P. Nader para o fato de que segurança e certeza jurídicas não se confundem, pois a primeira é “de caráter objetivo e se manifesta concretamente através de um

---

[48] WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico - Fundamentos de Uma Nova Cultura no Direito.* São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 211.
[49] FIGUEIRA, Eliseu. Op. cit., p. 61.
[50] BESSA, Paulo. *Uma Nova Introdução ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1986, p.147.
[51] SAROTTE, Georges. *O Materialismo Histórico no Estudo do Direito*. Lisboa: Estampa, 1975, p. 264.
[52] MIAILLE, Michel. *Uma Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa: Moraes, p, 142.
[53] NOVOA MONREAL, Eduardo. Op. cit., p. 143.

Direito definido que reúne algumas qualidades; a certeza jurídica expressa o estado de conhecimento da ordem jurídica pelas pessoas".[54] Contrapondo-se às posições formalistas que encaram tais princípios como verdadeiros fins do Direito e que jamais obstaculizam o progresso do Direito, juristas como Elías Díaz argumentam que a mera certeza normativa não é suficiente para demonstrar as exigências contidas no valor segurança. A segurança não pode identificar-se exclusivamente com a idéia de uma ordem jurídica existente e com o conseqüente saber público do que está proibido e permitido.[55] Na verdade, para Elías Díaz, o Direito não se esgota na sua função de proporcionar segurança, como sinônimo de ordem, pois isto seria insuficiente, oferecendo uma idéia superficial de seu conceito. É necessário, além de um sistema de seguridade-legalidade, um sistema de seguridade-legitimidade, ou seja, segurança não como fato mas como prática que implique valores considerados imprescindíveis como "liberdade, paz, igualdade e justiça".[56] Assim, a idéia de "ordem normativa" e "segurança-fim" deve estar subordinada às exigências humanas de legitimidade e não a uma idealização tecno-formal sem limites, o que se tem revelado numa cultura individual-positivista, natural impedimento da transformação e do avanço do Direito.

Uma vez delineadas algumas das *principais características* e instituições da modernidade jurídica liberal-individualista, importa igual, mente assinalar, em nível das *idéias* e/ou do *pensamento fundante*, as concepções doutrinárias jusfilosóficas que exerceram hegemonia e que alcançaram o maior êxito. Primeiramente, cabe destacar a doutrina idealista do Direito Natural que compreende uma grande variedade de teorias e escolas antecedendo a sociedade burguês-capitalista e tendo suas origens na antigüidade clássica ocidental. O ponto comum dessas concepções chamadas de *jusnaturalismo* é admitir uma ordem jurídica *a priori*, superior e ideal, o que implica o reconhecimento de um certo dualismo no Direito. As múltiplas manifestações jusnaturalistas traduzem a crença de um preceito superior advindo da vontade divina, da ordem natural das coisas, ou mesmo da razão do homem.[57]

A doutrina clássica do Direito Natural individualista, "produto do liberal-contratualismo e do racionalismo do século XVIII, refletiu as condições sociais e econômicas da burguesia capitalista ascendente. A função ideológica do jusnaturalismo enquanto proposição defensora de um ideal eterno e universal nada mais fez do que esconder seu real: objetivo, ou seja, possibilitar a transposição para outro tipo de relação política, social e econômica, sem

---

[54] NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 19, p. 143-144.
[55] DÍAZ, Elías. *Sociología y Filosofia del Derecho*. Madrid: Taurus, 19, p. 47.
[56] DÍAZ, Elías. Op. cit., p. 46.
[57] WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 147-148.

revelar os verdadeiros atores beneficiados. Os princípios enunciados por esse jusnaturalismo mostraram-se extremamente falsos, ao clamarem por uma retórica formalista da igualdade, da liberdade e da fraternidade de todos os cidadãos. Por sua vez, o processo desencadeado pela Revolução Industrial (século XIX) e suas conseqüências na modernidade tecno-científica, bem como: os vastos desenvolvimentos de codificação e consolidação sócio-política da burguesia acabaram propiciando a expressão máxima do racionalismo formal moderno, ou seja, o *positivismo*"[58]. A concepção positivista diferencia-se da doutrina do Direito Natural, "na medida em que rejeita toda e qualquer dimensão *a priori*. Descarta, assim, princípios e juízos valorativos em função de uma suposta neutralidade axiomática, de um rigoroso experimentalismo e, ao mesmo tempo, de um tecnicismo formalista. O Direito é explicado pela sua própria materialidade coercitiva e concreta. Toda a sua validade e imputação fundamentam-se na própria existência de uma organização normativa e hierarquizada".[59]

A mundialidade do positivismo jurídico, "que se manifesta através de um rigoroso formalismo normativista com pretensões de 'ciência', torna-se o autêntico produto de uma sociedade burguesa solidamente edificada no progresso industrial, técnico e científico. Esse formalismo legal esconde as origens sociais e econômicas da estrutura capitalista de poder, harmonizando as relações entre capital e trabalho, e eternizando, através das regras de controle, "a cultura liberal-individualista dominante".[60]

Em síntese, uma vez demonstrado teoricamente o cenário histórico do moderno Direito europeu, englobando a constituição de seus pressupostos lógico-formais e epistemológicos (características, instituições e idéias), há de se ver, agora, a transposição e a adaptação desse modelo jurídico liberal-individualista à historicidade periférica de antigas colônias sul-americanas, como o Brasil.

Por conseqüência, na próxima etapa, entra-se numa análise de teor crítico-ideológico acerca do processo evolutivo de nossa historicidade jurídica, tendo presentes seus grandes "ciclos", representados pelos períodos *colonial* (o Direito autóctone é submetido ao Direito determinado pela Metrópole lusitana), *imperial* (influência das fontes legais alienígenas na codificação do sistema jurídico nacional) e *republicano* (efetividade da tradição formal-positiva e liberal-conservadora do Direito Brasileiro).

Notabiliza-se uma constatação ao examinar-se, comparativamente, a especificidade da mesma matriz jurídica em contexto histórico diverso: de um lado, a estável

---

[58] WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit., 1994, p. 59.
[59] WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit., 1995, p. 151.
[60] WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit., 1994, p. 60.

e criadora formação histórica da legalidade em espaços institucionais favorecidos por um padrão de desenvolvimento econômico independente e pela difusão da doutrina política do liberalismo, como é o caso da experiência autônoma das metrópoles colonizadoras européias; de outro, a consolidação de uma legalidade imposta, sem autonomia própria, inerente à historicidade da periferia colonizada, orientada para a produção econômica de dependência, convivendo com a territorialidade do absolutismo político e moldando-se à singularidade local de práticas institucionais burocrático-patrimonialistas.

Capítulo II

O DIREITO NA ÉPOCA DO BRASIL COLONIAL

2.1 Primórdios da estrutura político-econômica brasileira

Uma vez configurados os principais traços do Direito Moderno na sociedade liberal-individualista ocidental, há de se verificar, agora, de um lado, que aspectos desta legalidade (em suas idéias jusfilosóficas e em seus principais institutos) são transpostos e adequados para o contexto evolutivo das nossas instituições e, de outro, que particularidades histórico-políticas (patrimonialismo,[*] burocracia, tradição conservadora,[**] e herança liberal) são herdadas, incorporadas e assimiladas a partir do processo de colonização lusitana. Decorrendo dessa dinâmica histórica, a formação de uma cultura singular, sintetizadora de idéias e práticas paradoxais, com especificidade própria, deixando de ser, ora um mero produto de mimetismo cultural, ora a expressão de uma natureza que prima por uma originalidade ímpar. Para isso, e antes de ater-se ao fenômeno jurídico, é necessária sua abordagem estrutural que, conduza ao desenvolvimento de situações históricas atravessadas por diferentes instâncias, como já se fez com o Direito positivo europeu, - o econômico (modo de produção), o social (formação dos atores), o ideológico (concepção justificadora de mundo) e o político (estrutura de poder unitário) - que constituem momentos organicamente interligados entre si, não podendo ser apreciados separadamente enquanto totalidades completas[1]. Assim, as raízes e a evolução das instituições jurídicas só poderão realmente ser

---

[*] A categoria "patrimonialismo" deve ser interpretada sob a óptica do referencial, weberiano, ou seja, como um tipo de dominação tradicional em que não se diferenciam nitidamente as esferas do público e do privado. Sua prática, no Brasil, ocorre quando o poder público é utilizado em favor e como se fosse exclusividade de um estrato social constituído por oligarquias agrárias e por grandes proprietários de terras. Nessa contextualização, escreve Raymundo Faoro, "não é a sociedade civil a base da sociedade, mas uma ordem política em que os indivíduos ou são basicamente governantes ou são governados. O soberano e seu quadro administrativo controlam diretamente os recursos econômicos e militares do seu domínio - que é também seu patrimônio. (...) A sociedade, em tal situação, pode chegar a ser (...) um pouco autônoma, mas nunca independente: não será ela que ditará ao poder público a política, mas será a política que lhe ditará a conduta. (...) Herdeiro do patrimonialismo português, (o Brasil) recebeu, com a independência; o impacto do mundo inglês, já moderno, adotando a máscara capitalista e liberal, sem negar, ou (...) sem superar o patrimonialismo". *In*: "A Aventura Liberal numa Ordem Patrimonialista". Revista da USP. Dossiê Liberalismo/Neoliberalismo. São Paulo: n. 17, mar./abr./maio 1993, p, 16-17.

[**] O "conservadorismo" compreende, aqui, atitude, condição ou forma de ser, consciente ou não, envolvendo procedimentos, estratégias e práticas que compartilham uma visão do mundo, cuja dinâmica se processa por evolução natural da ordem social, engendrada no contexto de uma historicidade assentada na tradição, experiência, hierarquia, centralização, formalidade legal, propriedade patrimonial e diferenciação social. Para aprofundar-se no "conservadorismo", ver: NISBET, Robert. *O Conservadorismo*. Lisboa: Estampa, 1987; MANNHEIM, Karl. "O pensamento conservador". *In*: MARTINS, José de Souza (org.). *Introdução Critica à Sociologia Rural*. São Paulo: Hucitec, 1986, p. 77-131; TRINDADE, Liana S. *As Raízes Ideológicas das Teorias Sociais*. São Paulo: Ática, 1978.

[1] Vide: DOWBOR, Ladislau. *A Formação do Capitalismo Dependente no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 14.

compreendidas na dinâmica das contradições e do processo de relações recíprocas, quer sob o reflexo de um passado colonial, patrimonialista e escravocrata, quer sob o impacto presente da dominação social de uma elite agrária, da hegemonia ideológica de um liberalismo conservador e da submissão econômica aos Estados centrais do capitalismo avançado.[2] Ao analisar o processo de formação de nossas instituições e de seus atores sociais, verifica-se que a herança colonial (patrimonialismo e mentalidade conservadora) marcou profundamente o desenvolvimento posterior da sociedade brasileira - tanto no Império quanto na República.

Ora, o **modo de produção** e a **formação social** surgiram e se consolidaram como uma etapa da lenta transição que ocorreu na Europa Ocidental, entre aproximadamente finais de século XV (regime feudal) e o século XVIII (sistema capitalista). As transformações econômicas e sociais nesse período foram comandadas por grupos ascendentes e enriquecidos, provenientes do comércio e das práticas mercantis. Lembra Álvaro de Vita que, enquanto "o trabalho servil - a forma de trabalho obrigatorio própria do feudalismo - desaparecia na Europa, os europeus recriaram a escravidão em suas colônias. A produção de gêneros tropicais para o comércio no Brasil foi organizada com base na exploração do trabalho escravo".[3]

Nos primeiros séculos após o descobrimento, o Brasil, colonizado sob a inspiração doutrinária do mercantilismo e integrante do Império Português, refletiu os interesses econômicos da Metrópole e, em função deles, articulou-se.[4]

Nessa perspectiva, o Brasil-Colônia só poderia gerar produtos tropicais que a Metrópole pudesse revender com lucro no mercado europeu; além disso, as outras atividades produtivas deveriam limitar-se de modo a não estabelecer concorrência, devendo a Colônia adquirir tudo o que a Metrópole tivesse condições de vender. Para Portugal, o Brasil deveria servir seus interesses; existia para ele e em função dele.

---

[2] VITA, Álvaro de, *Sociologia da Sociedade Brasileira*. São Paulo: Ática, 1989, p, 11.

[3] VITA, Álvaro de. Op. cit., p, 12-13.

[4] Observa Ladislau Dowbor (op, cit., p, 20) que, na história do Brasil, o longo período colonial recebeu interpretações absolutamente contraditórias como: "a tese do feudalismo, defendida por Alberto Passos Guimarães, entre outros, encontra sólidos argumentos empíricos, mas tem dificuldades para explicar os aspectos escravistas e capitalistas do sistema; a tese do modo de produção escravista (Nelson Werneck Sodré, por exemplo), à qual Ciro Flamarion Cardoso objeta com razão que não se pode confundir o sistema econômico da antigüidade com o Brasil Colonial, pois a escravidão dos dois casos não corresponde em absoluto ao mesmo nível de desenvolvimento das forças produtivas; a tese capitalista, em torno da qual encontramos os melhores historiadores da economia brasileira (Caio Prado Júnior, Roberto Simonsen, Celso Furtado), mas que tem evidentemente dificuldades em digerir uma série de elementos estranhos ao capitalismo, pelo menos ao capitalismo sob a forma européia ou americana". Igualmente sob essa questão, Antonio C. Mazzeo lembra que autores como Ciro Flamarion Cardoso, Jacob Gorender e Décio Saes, desenvolvendo e defendendo a teoria do modo de produção escravista colonial, refutam "as análises que vêem, nas colônias, estruturas produtivas integradas rio modo de produção capitalista", (MAZZEO, Antonio C. Estado e Burguesia no Brasil. Belo Horizonte: Oficina de Livros, 1989, p. 60).

Efetivamente, o Brasil, sendo colonizado pelo processo de exploração, criou as condições para agricultura tropical centrada economicamente em tomo do cultivo das terras, transformando-se numa grande empresa extrativa destinada a fornecer produtos primários aos centros europeus.

A gestão da Colônia se faria através da Metrópole, cabendo-lhe tomar efetivos os princípios do mercantilismo, principalmente através da constituição de monopólios. É no sistema monopolista que reside o núcleo de toda essa conjuntura. O monopólio do comércio pela Metrópole visava, naturalmente, impedir que outras nações européias pusessem em risco, com a concorrência, aqueles privilégios advindos da restrição comercial, tão lucrativa aos comerciantes portugueses que não encontravam, no seu reduzido espaço, satisfação para sua ambição.[5]

O país se edificou como uma sociedade agrária baseada no latifúndio, existindo, sobretudo, em função da Metrópole, como economia complementar, em que o monopólio exercido opressivamente era fundamental para a burguesia mercantil lusitana.[6]

Por outro lado, o universo da **formação social** do período colonial foi marcado pela polarização entre os imensos latifúndios e a massa de mão-de-obra escrava. Em tais condições, percebia-se a estreita conjunção entre a monocultura empregada nas fazendas visando à exportação e à sobreposição de relações sociais incrementadas tendo em conta a escravidão. Deste modo, a organização social define-se, de um lado, pela existência de uma elite constituída por grandes proprietários rurais, e de outro, por pequenos proprietários, índios, mestiços e negros, sendo que entre os últimos pouca diferença havia, pois sua classificação social era quase a mesma.

Para a exploração mais lucrativa dos latifúndios, a alternativa escrava era a que melhor serviria ao sistema porque, se fossem importados homens livres, estes poderiam tomar-se donos de um pedaço das terras devolutas que existiam em abundância; além disso, aos traficantes era lucrativo trocar “negros” por produtos tropicais que comercializavam na Europa.[7] Há de se levar em conta que diante do fracasso da tentativa de escravizar os índios, os grandes proprietários assentaram seu poder econômico e social no incremento do tráfico de negros escravos.

---

[5] Cf. WOLKMER, M. F. S. *O Caráter Liberal-Conservadorda Constituição de 1824*. Mimeo. São Leopoldo, out. de 1984, p. 31-33.

[6] Para a descrição mais pormenorizada do processo de evolução político-econômico do Brasil colonial, consultar: PRADO JÚNIOR, Caio. *Evolução Política do Brasil*, 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1980, p. 13-41; SODRÉ, Nelson Wemeck, *Formação Histórica do Brasil.* 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1970, p. 59-94; FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. 18. ed. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1982, p. 41-64; NOVAIS, Fernando A. “O Brasil nos Quadros do Antigo Sistema Colonial”. *In*: *Brasil em Perspectiva*. MOTTA, Carlos G. (Org.). 11 ed, São Paulo: Difel, 1980.

[7] Cf. WOLKMER, M. F. S. Op. cit., p. 33-34.

Na verdade, como assinala Darcy Ribeiro, o Brasil nasceu como se fosse “um proletariado externo das sociedades européias, destinado a contribuir para o preenchimento das condições de sobrevivência de conforto e de riqueza destas e não das suas próprias”.[8] O correto é que o sistema aglutinava certas práticas de base feudal com uma incipiente economia de exportação centrada na produção escravista.

Já no que se refere à **estrutura política**, registra-se a consolidação de uma instância de poder que, além de incorporar o aparato burocrático e profissional da administração lusitana, surgiu sem identidade nacional, completamente desvinculada dos objetivos de sua população de origem da sociedade como um todo. Alheia à manifestação e à vontade da população, a Metrópole instaurou extensões de seu poder real na Colônia, implantando um espaço institucional que evoluiu para a montagem de uma burocracia patrimonial legitimada pelos donatários, senhores de escravos e proprietários de terras.[9] Com isso, desenvolveu-se, como lembra Antonio C. Mendes, um cenário contraditório de dominação política: “de um lado, a pulverização do poder na mão dos donos das terras e dos engenhos, seja pelo profundo quadro de divisão de classes. seja pelo vulto da extensão territorial; de outra parte, o esforço centralizador que a Coroa. impunha, através dos governadores-gerais e da administração legalista. A ordem jurídica vigente, no domínio privado ou público, marchará decisivamente no sentido de preeminência do poder público sobre as comunidades, solidificando uma estrutura com tendência à perpetuação das situações de domínio estatal”.[10]

A aliança do poder aristocrático da Coroa com as elites agrárias locais permitiu construir um modelo de Estado que defenderia sempre, mesmo depois da independência, os intentos de segmentos sociais donos da propriedade e dos meios de produção. Naturalmente, o aparecimento do Estado não foi resultante do amadurecimento histórico-político de uma Nação

---

[8] RIBEIRO, Darcy. Os Brasileiros: Teoria do Brasil. Petrópolis: Vozes, 1981, p. 112. Para o aprofundamento, consultar: RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro. A Formação e o Sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995; VERDASCA, José. *Raízes da Nação Brasileira. Os Portugueses no Brasil*. São Paulo: Ibrasa, 1997.

[9] A propósito, reforçando a descrição da estrutura política colonial, Alfredo Bosi pontifica que esta incorpora o intento dos “senhores rurais sob uma administração local que se exerce pelas câmaras dos *homens bons do povo*, isto é, proprietários. Mas o seu raio de poder é curto. É o rei que nomeia o *governador* com mandato de quatro anos, tendo competência militar e administrativa, enquanto preside os corpos armados e as *Juntas da Fazenda e da Justiça* com critérios estabelecidos pela Coroa e expressos em regimentos e em cartas e ordens régias. As juntas se compõem de funcionários reais: *provedores*, *ouvidores*, *procuradores* e, ao tempo das minas, *intendentes*; a sua ação é controlada em Lisboa (a partir de 1642, pelo Conselho Ultramarino). De 1696 em diante, até as câmaras municipais sofreram interferência da metrópole que passou a nomear os *juízes de fora* sobrepondo-se à instituição dos juízes eleitos nas suas vilas. Os historiadores têm salientado a estreita margem de ação das câmaras sob a onipresença das Ordenações e Leis do Reino de Portugal: a tensão entre as oligarquias e a centralização crescente da Coroa será um dos fatores da crise do sistema político desde os fins do século XVIII”. *In: Dialética da Colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 24.

[10] MENDES, Antonio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. São Paulo: Ibrasa; Curitiba: Champagnat, 1992, p. 20.

unida ou de uma sociedade consciente, mas de imposição da vontade do Império colonizador. Instaura-se, assim, a tradição de um intervencionismo estatal no âmbito das instituições sociais e na dinâmica do desenvolvimento econômico. Tal referencial aproxima-se do modelo de Estado absolutista europeu, ou seja, no Brasil, o Capitalismo se desenvolveria sem o capital, como produto e recriação da acumulação exercida pelo próprio Estado.[11]

É dessas constatações que se pode auferir a confluência paradoxal, de um lado, da herança colonial burocrática e patrimonialista; de outro, de uma estrutura sócio-econômica que serviu e sempre foi utilizada, não em função de toda a sociedade ou da maioria de sua população, mas no interesse exclusivo dos "donos do poder".[12]

Isso configura, desde o início da colonização, uma combinação estranha e atípica de relações político-econômicas marcadas, de um lado, pela passagem de uma situação agrária semifeudal para um modo de produção capitalista (ora mercantil, ora industrial), refletindo, regionalmente, as imposições econômicas das metrópoles centrais; de outro, pela incorporação e adaptação, por parte das instituições políticas, de diretrizes patrimonialistas e burocráticas inerentes ao modelo conservador de organização administrativa portuguesa.[13]

Não se pode negar que essas duas concepções, a "econômica" e a "política", são extremamente importantes e não podem ser deixadas de lado quando se busca, com seriedade, encontrar as raízes da formação social e política brasileira. Por compreender que o reducionismo, isoladamente, não consegue explicitar integralmente o fenômeno histórico e contraditório de nossa organização institucional, impõe-se examinar suas tipicidades dentro de uma perspectiva mais abrangente.[14]

Nos primeiros dois séculos da colonização não há que se registrar, com muita nitidez, uma **concepção de idéias** justificadoras do mundo autenticamente brasileira. No plano das idéias, dos valores e das formas de pensamento do colonizador, que eram condicionados pelo mercantilismo econômico e pela administração centralizadora burocrática, emergiu uma mentalidade calcada na racionalidade escolástico-tomista e nas teses do absolutismo elitista português. Herda-se, dessa feita, uma estrutura feudal-mercantil embasada em raízes senhoriais que reproduziam toda uma ideologia da Contra-Refonna. Esse carácter romântico-senhorial da cultura portuguesa que predominou no período da expansão

---

[11] Cf. CARRION, Eduardo K. *Estado, Partidos e Movimentos Sociais*. Porto Alegre: Edipaz, 1985, p. 72-75.
[12] WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma Crítica do Estado*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1980, p. 45-47.
[13] Ver, a esse propósito, as obras: FAORO, Raymundo, *Os Donos do Poder*. Porto Alegre: Globo, 1979; URICOECHEA, Fernando. *O Minotauro Imperial*. Rio de Janeiro: Difel, 1978; SCHWARTZMAN, Simon. *Bases do Autoritarismo Brasileiro*. São Paulo: Campus, 1982.
[14] Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit., p. 44-45.

ultramarina estava associado a uma ética inspirada nas cruzadas, na honra cavalheresca dos antepassados, na subserviência espiritual aos ditames da Igreja e no desprezo pelas práticas mercantis lucrativas. Toda essa mentalidade senhorial orientada para servir a Deus e ao Rei não iria favorecer o surgimento de uma classe burguesa enriquecida, capaz de projetar-se e impulsionar uma "forma capitalista à exploração da riqueza".[15] A incapacidade política da elite lusitana acaba favorecendo maior articulação do Estado e empurrando Portugal para uma posição secundária no rol do desenvolvimento econômico europeu. Apesar de ter tido um papel importante durante a expansão marítima e ao longo da conquista, os Estados ibéricos acabaram absorvendo e implementando a filosofia da Contra-Reforma, distintamente daqueles países, como Holanda, Inglaterra e Alemanha, em que o ideário da Reforma Protestante acabou impondo-se.[16] Neste sentido, o Concílio de Trento oficializou a divisão de forças, propiciando que a Península Ibérica se convertesse no principal baluarte de reação ao protestantismo. Em verdade, como escreve P. Mercadante, "nos países de maior desenvolvimento capitalista, onde predominavam as idéias de Lutero e Calvino, nenhuma medida repressiva conteria a revolução científica, iniciada por Galileu e Copérnico. Na Península Ibérica, recolhe-se a elite numa escolástica decadente, barrando qualquer idéia nova que viesse dos países adiantados. Temendo a expansão protestante, urgira a reafirmação da integridade da fé e dos dogmas, (...) teria início o processo de censura inquisitorial, que aniquilaria o alvorecer do humanismo luso. Neste contexto, a Companhia de Jesus e a Inquisição vieram configurar os contornos da sociedade".[17]

Em conseqüência, Portugal distanciava-se do ideário renascentista, da modernidade científica e filosófica, do espírito crítico e das novas práticas do progresso material, advindas com o Capitalismo, fechando-se no dogma eclesiástico da fé e da revelação, no apego à tradição estabelecida na propagação de crenças religiosas pautadas na renúncia, no servilismo e na disciplina.[18]

Esses traços são essenciais para compreender o tipo de cultura que foi propagado pela Metrópole durante os primórdios da colonização lusitana no Brasil.[19] Tratava-se de uma

---

[15] MERCADANTE, Paulo. *Militares & Civis: a Ética e o Compromisso*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 16-17.

[16] Ibidem, p. 18. Estudo mais completo e acurado sobre a herança ibero-americana e o contraste desta com a cultura anglo-americana encontra-se em: MORSE, Richard M. *O Espelho de Próspero - Cultura e Idéias nas Américas*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

[17] MERCADANTE, Paulo. Op. cit., 1978, p. 18-19.

[18] Cf. MERCADANTE, Paulo. Op. cit., 1978, p. 19-23. Observar também do mesmo autor: *A Consciência Conservadora no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972, p. 21-26.

[19] Sobre a cultura da colonização, escreve Alfredo Bosi que se trata de uma cultura letrada, ou seja, "é rigorosamente estamental, não dando azo à mobilidade vertical, a não ser em raros casos de apadrinhamento que confirmam a regra geral. O domínio do alfabeto, reservado a poucos, serve como divisor de águas entre a cultura

cultura senhorial, escolástica, jesuítica, católica, absolutista, autoritária, obscurantista e acrítica. Em tal contexto, o principal pólo irradiador da formação cultural da nova Colônia foi a solidificação da catequese católica e do ensino do humanismo escolástico, transplantada predominantemente pela Companhia de Jesus,[20] que implicaria, como reconhece Alberto Venâncio Filho, que "a cultura portuguesa nos séculos XVI e XVII e na primeira metade do século XVIII conservar-se-ia impermeável às transformações que se processavam no continente europeu após o Renascimento, com a expansão dos estudos científicos e a disseminação do método experimental".[21] A reconciliação de Portugal com a Europa se efetivaria com os precursores ensinamentos iluministas de Luis Antonio Verney (expoente teórico da modernidade lusa do século XVIII) e com a implementação das drásticas reformas do Marquês do Pombal. A renovação cultural Pombalina que influenciaria ideologicamente a Colônia forneceria, segundo R. Faoro, "as bases para a modificação do Estado, restaurando a autoridade pública, fraca, corrupta e atrasada".[22] As inovações não alcançam as camadas populares e o absolutismo continua em vigor, só que agora um absolutismo esclarecido, num espectro cultural amplo e aberto que minimiza o "peso do ranço imobilista e jesuítico..."[23]

---

oficial e a vida popular. O cotidiano colonial-popular se organizou e se reproduziu sob o limiar da escrita". *In: Dialética da Colonização*. Op. cit., p. 25.

[20] Quanto à ordem religiosa dos jesuítas, assinala Alfredo Bosi que: "empenhados na prática de uma Igreja supranacional, cumprem o projeto das missões junto aos índios. Essa possibilidade, aberta no início da colonização, quando era moeda corrente a idéia do papel cristianizador da expansão portuguesa, passaria depois a exercer-se apenas às margens ou nas folgas do sistema; enfim, a longo prazo sucumbirá sob a pressão dos bandeirantes e à força do Exército colonial. Aos jesuítas sobraria a alternativa de ministrar educação humanística aos jovens provenientes de famílias abastadas". Op. cit., p. 25.

Entretanto, o papel da catequese pode ser interpretado como forma de "apaziguamento" ou "prelúdio da submissão", o que permitia a integração da mão-de-obra indígena para o reforço de uma ordem colonial servil e inescrupulosa. (Este na p. 43)

A ruptura violenta e a substituição do escravo índio pelo escravo negro como força de trabalho foi inevitável. Com efeito, a primazia "da conquista das almas da Companhia de Jesus era, como diz Euclides da Cunha, 'eufemismo casuístico disfarçando o monopólio do braço indígena'. Daí a luta que se travou entre o jesuíta e o colono, sobretudo no sul, logo no início da colonização, e no século XVII, no Maranhão e no Pará. (...) Dois tipos (...), aparentemente opostos mas integrados num idêntico sentido de ação, se defrontam na colônia. De um lado, o jesuíta. empenhado (...), na conquista espiritual e o aventureiro disposto à conquista da terra e dos bens materiais. (...) Coube ao aventureiro e ao jesuíta a fixação da cultura européia em nossa terra. Um, abrirá caminhos, construirá aldeias, plantará cidades; o outro, modelará a inteligência brasileira. (...) Aí se esboça, talvez, uma contradição da nossa história, e, também, o antagonismo dos dois aspectos da cultura no Brasil." *In*: CRUZ COSTA, João. *Contribuição à História das Idéias no Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1956, p. 50-55 e 438.

Acerca da trajetória dos jesuítas no país, o estudo clássico é o do Pe. Serafim Leite: *História da Companhia de Jesus no Brasil*. 9ts., Lísboa/Rio de Janeiro: INL, 1949. Já para uma análise crítíco-dessacralizadora das relações entre os jesuítas e os índios, consultar: NEVES, Luiz Felipe Baêta. *O Combate dos Soldados de Cristo na Terra dos Papagaios: Colonialismo e Repressão Cultural*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1978; GAMBINI, Roberto. *O Espelho Índio: os Jesuítas e a Destruição da Alma Indígena*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1994; CUNHA; Luiz Antonio. *A Universidade Temporã: o Ensino Superior da Colônia à Era Vargas.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980, p. 18-36. (este na p. 44)

[21] VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao Bacharelismo*. São Paulo: Perspectiva, 1977, p. 3 e 5.

[22] FAORO, Raymundo. *Existe um Pensamento Político Brasileiro?* São Paulo: Ática, 1994, p. 40; VITA, Luis Washington. Panorama da Filosofia no Brasil. Porto Alegre: Globo, 1969, p. 32-34.

[23] FAORO, Raymundo. Op. cit. 1994, p. 41-44.

Com efeito, as reformas pombalinas limitam largamente a jurisdição do clero (os jesuítas são expulsos de Portugal, em 1759), restringem os benefícios da nobreza, incrementam o poder econômico da burguesia e impulsionam a reformulação do ensino e do modelo universitário (alcançando a Universidade de Coimbra).

Certamente que esse movimento renovador do iluminismo pombalino, centrado na abertura aos avanços científico-culturais, na reforma do ensino e da máquina administrativa, e na desestruturação da força jesuítica, favorece as condições para o advento do liberalismo português. Em fins do século XVIII e ao longo do século XIX, começam a chegar ao Brasil os ecos do ciclo de idéias representados pelo iluminismo pombalino e pelas primeiras manifestações do liberalismo engendrados na Metrópole lusitana.

Uma vez delineado ideologicamente o quadro sócio-econômico e político-cultural da estrutura colonial, passaremos a examinar o processo de formação e desenvolvimento do sistema jurídico.

2.2 A legislação colonizadora e o Direito Nativo

Na sua globalidade, a compreensão, quer da cultura brasileira, quer do próprio Direito, não foi produto da evolução linear e gradual de uma experiência comunitária como ocorreu com a legislação de outros povos mais antigos. Na verdade, o processo colonizador, que representava o projeto da Metrópole, instala e impõe numa região habitada por populações indígenas toda uma tradição cultural a1ienígena e todo um sistema de legalidade "avançada" sob o ponto de vista do controle e da efetividade formal.

O empreendimento do colonizador lusitano, caracterizando muito mais uma ocupação do que uma conquista, trazia consigo uma cultura considerada mais evoluída, herdeira de uma tradição jurídica milenária proveniente do Direito Romano.[24] O Direito Português, enquanto expressão maior do avanço legislativo na península ibérica, acabou constituindo-se na base quase que exclusiva do Direito pátrio.

Analisando as raízes culturais da legislação brasileira, escreve A. L. Machado Neto que, dos três grupos étnicos que constituíram nossa nacionalidade, somente a do colonizador luso trouxe influência dominante e definitiva à nossa formação jurídica. Se a contribuição dos indígenas foi relevante para a construção de nossa cultura, o mesmo não se pode dizer quanto à origem do Direito nacional, pois os nativos não conseguiram impor seus "mores" e suas leis, participando mais "na humilde condição de objeto do direito real", ou

---

[24] Cf. MACHADO NETO, A. L. *Sociologia Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p.307-310.

seja, objetos de proteção jurídica. Igualmente o negro, “para aqui trazido na condição de escravo, se sua presença é mais visível e assimilável no contexto cultural brasileiro, a sua própria condição servil e a desintegração cultural a que lhes impelia a imigração forçada a que se viam sujeitos, não lhes permitiu também pudessem competir com o luso na elaboração do Direito brasileiro”.[25]

O certo é que Portugal não teve outra saída senão buscar trabalhadores na África, diante da destruição dos povos nativos e da conseqüente carência da mão-de-obra agrícola. No entanto, os africanos não vieram como colonos livres, mas sim como escravos, forçados a trabalhar em fazendas e grandes plantações de cana-de-açúcar, sem nenhum direito e não podendo recompor suas organizações de origem. É nesse contexto colonial de economia de exportação e de estrutura social, constituída em grande parte por populações indígenas e por escravos africanos alijados do governo e sem direitos pessoais, que se deve perceber os primórdios de um Direito essencialmente particular, cuja fonte repousava na autoridade interna dos donatários, que administravam seus domínios como feudos particulares.[26]

Como escreve Nelson W. Sodré, sendo empreendimento planejado que expressava uma necessidade nova, decorrente da expansão ultrama-marina, a colonização viu-se na contingência de criar um Direito especial para a direção e organização da própria atividade colonial.[27]

O primeiro momento da colonização brasileira, que vai de 1520 a 1549, foi marcado por uma prática político-administrativa tipicamente feudal, designada como regime das Capitanias Hereditárias.[28] As primeiras disposições legais desse período eram compostas pela Legislação Eclesiástica, pelas Cartas de Doação e pelos Forais. As Cartas de Doação e os forais eram, no dizer de Isidoro Martins Júnior, a engrenagem do “...maquinismo inventado pela Metrópole para o povoamento e enriquecimento da possessão brasileira. As cartas de foral constituíam uma conseqüência e um complemento das de doações; mas estas estabeleciam apenas a legitimidade da posse e os direitos e privilégios dos donatários, ao passo que aquelas eram um contrato enfitêutico, em virtude do qual se constituíam perpétuos tributários da coroa, e dos donatários capitães-mores, (...) que recebessem terras de

---

[25] MACHADO NETO, A. L. Op. cit., p. 309-310.
[26] Cf. SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987, p.80.
[27] Cf. SODRÉ, Nelson Werneck. Op. cit., p. 77.
[28] Ao explicar a expressão “capitanias hereditárias”, Wa1ter V. do Nascimento assina1a: “1) capitanias, de capitão indicando chefia, governança; 2) hereditárias, porque, inalienáveis, só se transmitiam por herança, e indivisíveis, porque o sucessor era apenas um único herdeiro, mediante o critério de exclusão e com vistas à legitimidade (preferência dos filhos legítimos), à idade (preferência do mais velho) e ao sexo (preferência aos varões)”. *In: Lições de História do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 210.

sesmarias".[29] Com o fracasso da grande maioria das capitanias, tratou a Metrópole de dar à Colônia outra orientação designada como sistema de governadores-gerais. Surgiu, assim a utilização de um certo número de prescrições decretadas em Portugal, reunindo desde cartas de Doação e Forais das capitanias até Cartas-Régias, Alvarás, Regimentos dos governadores gerais, leis e, finalmente, as Ordenações Reais.[30] De fato, o Direito vigente no Brasil-Colônia foi transferência da legislação portuguesa contida nas compilações de leis e costumes conhecidos como Ordenações Reais, que englobavam as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603). Em geral, a legislação privada comum, fundada nessas Ordenações do Reino, era aplicada sem qualquer alteração em todo o território nacional. Concomitantemente, a inadequação, no Brasil, de certas normas e preceitos de Direito Público que vigoravam em Portugal determinava a elaboração de uma legislação especial que regulasse a organização administrativa da Colônia.[31]

Entretanto, a insuficiência das Ordenações para resolver todas as necessidades da Colônia tornava obrigatória a promulgação avulsa e independente de várias "Leis Extravagantes",[32] versando, sobretudo, sobre matérias comerciais.

No século XVIII, com as reformas pombalinas, a grande mudança em matéria legislativa foi a "Lei da Boa Razão" (1769) que definia regras centralizadoras e uniformes para interpretação e aplicação das leis, no caso de omissão, imprecisão ou lacuna. A "Lei da Boa Razão" minimizava a autoridade do Direito Romano, da glosa e dos arestos, dando "preferência e dignidade às leis pátrias e só recorrendo àquele direito, subsidiariamente, se estivesse de acordo com o direito natural c as leis das Nações Cristãs iluminadas e polidas, se em boa razão fossem fundadas".[33]

---

[29] MARTINS JÚNIOR, Isidoro. *História do Direito Nacional*. 3. ed. Brasília: Depto. de Imprensa Nacional, 1979, p. 104.

[30] Cf. SODRÉ, Nelson Werneck. Op. cit., p. 77; MACHADO NETO, A. L. Op. cit., p. 313-314; TRIPOLI, César. *História do Direito Brasileiro*. Época Colonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936, v.l. p. 62-63, 80-81 e 95-96.

[31] Cf. MARTINS JÚNIOR, Isidoro. Op. cit., p. 63-84; MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 20. ed. São Paulo: Ed. RT, 1991, p. 565-569: GUSMÃO, Paulo D. *Introdução ao Estudo do Direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 395-397; TRIPOLI, César. Op. cit., p. 56-82. 32

[32] Ver, neste sentido: TRIPOLI, César. Op. cit., p. 75.

[33] VALLADÃO, Haroldo. *História do Direito, Principalmente do Direito Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 76; MARTINS JÚNIOR, Isidoro. Op. cit., p. 78-80: TRIPOLI, César. Op. cit., p. 154-155. Ainda sobre a Lei da Boa Razão, ver: GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Salvador: Livraria Progresso/Universidade da Bahia, 1958, p. 9-14: WEHLING, Amo e WEHLING, Maria José. "Cultura Jurídica e Julgados do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro: a Invocação da Boa Razão e o Uso da Doutrina. Uma Amostragem". *In*: SILVA, Maria Beatriz Nizze da. *Cultura Portuguesa na Terra de Santa Cruz*. Lisboa: Estampa, 1995. p. 235-247; WEHLING, Amo. "Despotismo Ilustrado e Uniformização Legislativa; o Direito Comum nos Períodos Pombalino e Pós-Pombalino". *Revista Ciências Humanas*. Rio de Janeiro, v. 20, n° I, p. 143-159, jun. 1997.

Não resta dúvida de que o principal escopo dessa legislação era beneficiar e favorecer a Metrópole. A experiência político-jurídica colonial reforçou uma realidade que se repetiria constantemente na história do Brasil: a dissociação entre a elite governante e a imensa massa da população. O governo português ultramar evidenciava pouca atenção na aplicação da legislação no interior do vasto espaço territorial, pois seu interesse maior era criar regras para assegurar o pagamento dos impostos e tributos aduaneiros, bem como estabelecer um ordenamento penal rigoroso para precaver-se de ameaças diretas à sua dominação. Como assinala Robert Shirley, Portugal "... não tencionava trazer justiça ao povo ou mesmo prestar os serviços mais elementares à sua colônia".[34] Numa administração de cunho neofeudal e patrimonialista, o direito da elite agrária não era o Direito da maior parte da população, porém existia para proteger os interesses do governo real e manter o poder dos fazendeiros proprietários de terras."[35]

O modelo jurídico hegemônico durante os primeiros dois séculos de colonização foi, por conseqüência, marcado pelos princípios e pelas diretrizes do Direito alienígena - segregador e discricionário com relação à própria população nativa -, revelando, mais do que nunca as intenções e o comprometimento da estrutura elitista de poder. Nesse sentido, para Antonio C. Mendes, a subjugação da população era praticamente completa, pois, "distribuída entre raros colonos livres e uma maioria de trabalhadores escravos, seus direitos estavam codificados no arbítrio dos donatários das capitanias, que enfeixavam em si a figura do único proprietário, do único responsável pelos castigos e pelas penas, chefe industrial e militar, distribuidor de sesmarias e de prêmios".[36]

Desde o início da colonização, além da marginalização e do descaso pelas práticas costumeiras de um Direito nativo e informal, a ordem normativa oficial implementava, gradativamente, as condições necessárias para institucionalizar o projeto expansionista lusitano. A consolidação desse ordenamento formalista e dogmático está calcada doutrinariamente, num primeiro momento, no idealismo jusnaturalista; posteriormente, na exegese positivista. Cumpre ressaltar, nessa trajetória, que os traços reais de uma tradição subjacente de práticas jurídicas informais não-oficiais podem ser encontrados nas remotas comunidades de índios e negros do Brasil colonial. Sob tal prisma é essencial o resgate histórico de um pluralismo jurídico comunitário, localizado e propagado através das ações legais associativas no interior dos antigos "quilombos" de negros[37] e nas "reduções"

---

[34] SHIRLEY, Robert W. Op. cit., p. 80.

[35] *Ibidem*.

[36] MENDES, Antonio C. Op. cit., p. 16.

[37] Os "quilombos" se constituíram em pequenas comunidades rurais povoadas por escravos negros fugidos das fazendas que buscavam defender-se da dominação e repressão colonial. Eram organizados livremente e de forma

indígenas[38] sob a orientação jesuítica, constituindo-se nas formas primárias e autênticas de um "Direito insurgente, eficaz, não-estatal".[39]

Tais concepções desmentem o mito da centralização jurídica ocidental moderna, fundada na unicidade territorial de um Direito estatal e formal. A historiografia oficial em geral não reconhece a existência, no período anterior à colonização, de várias nações indígenas, cada qual com um Direito próprio, base de suas formas de procedimento no âmbito da propriedade, posse, família, sucessão, matrimônio e delito. Na verdade, a riqueza desses grupos indígenas revela-se na convivência com a pluralidade de valores culturais diversos, organizando suas modalidades de comportamento conforme disposições jurídicas "que nada têm a ver com o Direito Estatal, porque são a expressão de uma sociedade sem estado, cujas formas de poder são legitimadas por mecanismos diferentes dos formais e legais do Estado".[40]

Como adverte Carlos F. Marés, o reconhecimento de um direito entre as comunidades indígenas não é uma discussão contemporânea, pois tem suas origens nas invasões ibéricas em terras latino-americanas.[41] Tal polêmica passa pelo questionamento da natureza humana, pela legitimidade e pela capacidade jurídica dos índios, levantadas por Francisco de Vitoria, na Unversidade de Salamanca (1539);[42] pela denúncia de Bartolomé de Las Casas em Valladolid (1547 a 1550) contra a sangrenta conquista espanhola e pela revelação do genocídio

---

auto-suficiente, baseados na ocupação da terra, na propriedade coletiva, na agricultura de subsistência e na luta armada. Para maior abrangência, consultar: FREITAS, Décio. *Palmares, a Guerra dos escravos*. 5. ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1987; MOURA, Clóvis. *Os Quilombos e a Rebelião Negra*. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

[38] Já as "reduções" consistiam em comunidades indígenas, muitas das quais apoiadas por padres jesuítas, onde as terras, a propriedade, os bens e os meios de produção eram compartilhados e assumidos em comum, fundados sobre as bases do coletivismo solidário. Observar a propósito: LUGON, C. *A República "Comunista" Cristã dos Guaranis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977; BRUXEL, Arnaldo. 2. ed. Os Trinta Povos Guaranis. Porto Alegre: EST/NovaDimensão, 1987; KERN, Amo Alvarez. *Missões: Uma Utopia Política.* Porto Alegre: Mercado Aberto, 1982.

[39] ALFONSIN, Jacques Távora et alii. *Negros e Índios no Cativeiro da Terra*. Rio de Janeiro: AJUP/FASE, 1989, p. 20.

[40] MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos F. "Índios e Direito: O Jogo Duro do Estado". *In Negros e Índios no Cativeiro da Terra*. Rio de Janeiro: AJUP/FASE,jun. 1989, p. 8. Sobre a temática indígena projetada no e relacionada com o mundo jurídico, observar: BEVILÁQUA, Clóvis. "Instituições e Costumes Jurídicos dos Indígenas Brasileiros ao Tempo da Conquista". *In*: SOUZA FILHO, Carlos Marés. *Textos Clássicos sobre o Direito e os Povos Indígenas.* Curitiba: Juruá, 1994, p. 77-92; MENDES JÚNIOR, João. *Os Indígenas do Brasil: seus Direitos Individuais e Políticos.* São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912; CUNHA, Manuela Carneiro. *Os Direitos do Índio. Ensaios e Documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987; COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO/SP. *O Índio e a Cidadania*. São Paulo: Brasiliense, 1983; SANTOS, Sílvio Coelho dos (org.) *O Índio Perante o Direito*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1982; COLAÇO, Thais Luzia. "O Direito Guarani Pré-Colonial e as Missões Jesuíticas: A Questão da Incapacidade Indígena e da Tutela Religiosa". *Tese de Doutorado em Direito*. Florianópolis: CPGD/UFSC, 1998, 468p.

[41] Cf. MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos F. Op. cit., p. 7. Para exposição mais completa, consultar: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Direito e Justiça na América Indígena: da Conquista à Colonização*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.

[42] Ver: VITORIA, Francisco de. *Doctrina sobre los Índios*. Salamanca: San Sebastian, 1992.

dos índios;[43] pela defesa eloqüente e pela proteção ardorosa dos indígenas (e em alguns momentos dos escravos negros) contra a cobiça dos colonizadores portugueses impetrada pelo Pe. Antonio Vieira, no Maranhão e na Bahia, na metade do século XVII.[44]

Naturalmente, a legalidade oficial imposta pelos colonizadores nunca reconheceu devidamente como Direito as práticas tribais espontâneas que organizaram e ainda continuam mantendo vivas algumas dessas sociedades sobreviventes. V ale dizer que o máximo que a justiça estatal admitiu, desde o período colonial, foi conceber o Direito indígena como uma experiência costumeira de caráter secundário. Autores como João Bernardino Gonzaga admitem uma justiça penal indígena, no tempo do descobrimento, ainda que seja impossível estabelecer um único direito criminal, gerado por uma fonte superior em face das diversidades existentes entre os incontáveis grupos indígenas (inexistência de homogeneidade até mesmo em nações nativas maiores, como a dos tupis), tampouco pode-se reconhecer qualquer influência dessas práticas penais sobre o Direito dos conquistadores lusitanos.[45] De qualquer modo, outra especificidade a ressaltar é que, como assinala Carlos F. Marés, se a legalidade "de cada uma das nações indígenas é o resultado de uma cultura aceita e professada por todos os habitantes igualmente, inclusive na aceitação das diferenças, o Direito Estatal Brasileiro é fruto de uma sociedade profundamente dividida, onde a dominação de uns pelos outros é o primado principal, e o individualismo, o marcante traço característico".[46]

---

[43] Constatar: LAS CASAS, Frei Bartolomé de. *O Paraíso Destruído*. Brevíssima Relação da Destruição das Índias. 5; ed. Porto Alegre: L & PM, 1991. Sobre o tema, ver: BRUIT, Héctor Hernan. Bartolomé de las Casas e a Simulação dos Vencidos. Campinas: Unicamp; São Paulo: Iluminuras, 1995; DUSSEL, Enrique. 1492: o Encobrimento do Outro (a origem do "mito da modernidade"). Petrópolis: Vozes, 1993; LEON-PORTILHA, Miguel. *A Conquista da América Latina Vista pelos Índios*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1991; TODOROV, Tzvetan. *A Conquista da América. A Questão do Outro*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

[44] Entretanto, a ação catequista "protetora", dúbia e limitada de Antonio Vieira ou mesmo de Manuel da Nóbrega, nem sempre irá estender-se à escravidão africana encarada, por vezes, como de utilização necessária e providencial. Ora, ainda que os jesuítas se interessassem muito pela libertação dos índios, certamente "nada fizeram em favor dos negros africanos, os quais continuaram, durante mais de três séculos, a sofrer o jugo da escravidão. Desse modo, não foi considerada comum a sorte dos índios e a dos negros africanos, no Brasil (...)". *In*: TRIPOLI, César. Op. cit., p. 108-109.

Para melhor compreensão da postura de Antonio Vieira em defesa do direito dos índios, ver: VIEIRA, Pe. Antonio. *Escritos Instrumentais sobre os Índios*. São Paulo: Loyola/EDUC, 1992. Igualmente: BOSI, Alfredo. *Dialética da Colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 119-148; HOORNAERT, Eduardo "Teologia e Ação Pastoral em Antonio Vieira SJ: 1652-1661". *In: História da Teologia na América Latina*. São Paulo: Paulinas, 1981, p. 63-74; MEIHY, Jose Carlos Sebe Bom. "Vieira: a Catequese segundo os Sermões". Anais do X Simpósio Nacional de Estudos Missioneiros. UNIJUÍ - Campus Santa Rosa, 1994, I' 250-260; VILELA, Magno. *Uma Questão de Igualdade: Antonio Vieira e a Escravidão Negra na Bahia do Século XVII.* Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997 Sobre aspectos da política colonialista dos portugueses acerca dos indígenas brasileiros, verificar: THOMAS, Georg. *Política Indigenista dos Portugueses no Brasil*. 1500-1640. São Paulo: Loyola, 1982; CUNHA, Manuela Carneiro. Op. cit:, p. 53-101, 103-117; ALMEIDA, Rita Heloísa de. *O Diretório dos Índios: um Projeto de Civilização no Brasil do Século XVIII*. Brasília: UnB, 1997.

[45] Cf. GONZAGA, João Bernardino. O Direito Penal Indígena: à época do descobrimento do Brasil. São Paulo: Max Limonad, s/d., p. 11-15.

[46] MARÉS SOUZA FILHO, Carlos F. Op. cit., p. 9.

Nesse período que merece destaque a experiência, em terras da bacia platina (Paraguay, Argentina e Brasil), durante os séculos XVII e XVIII, do sistema comunal missioneiro de posse da terra (junção de práticas político-legais européias com o solidarismo das reduções indígenas), utilizado e incentivado pelos “padres jesuítas espanhóis aos povos Guaranis aí reduzidos. Foi um coletivismo indígena de bases municipais, surgido e desenvolvido graças à autonomia com que, nessa área, incidiu a legislação da Coroa de Castela sobre uma realidade nativa suficientemente respeitada”.[47] Nesse contexto histórico, como breve ilustração, menciona-se o comentário de A. Bruxel de que toda a estrutura de controle e punição nas Missões, distintamente da justiça de tradição européia, “não castigava na proporção do delito, para o restabelecimento da justiça lesada (justiça punitiva), mas na medida em que o exigia a recuperação do delinqüente (justiça medicinal). Alcançada a correção, indultava-se o réu.”[48]

Vale, nesse contexto, outra referência extensa mas não menos, ilustrativa sobre o sistema de controle social e sobre a organização da Justiça missioneira, trazida pelo historiador Amo A. Kern, que destaca “nas Missões da Província Jesuítica do Paraguai, o Código Penal estava inserido no Livro de Ordens, onde se registravam todas as determinações que emanavam quer das autoridades da Companhia de Jesus, quer das próprias da administração espanhola. O Código Penal proibia as punições privadas, pois o castigo deveria servir como exemplo aos demais e assim também se impediam os excessos. O pior crime que Se poderia cometer, o homicídio, era punido com prisão perpétua, não havendo pena de morte. Cada crime tinha estipulada a pena, não podendo jamais ser aumentada, mas somente diminuída, pois eram levadas em conta as boas disposições do culpado.

As crianças eram punidas por um máximo de quatro ou cinco açoites, de acordo com a idade, aplicados por quem estivesse no controle de sua atividade. As mulheres só podiam ser punidas por um máximo de vinte açoites, sendo a sentença sempre executada por outra mulher para evitar violência nos golpes. As mulheres grávidas estavam isentas de castigo. Para os homens, as penas podiam ser maiores, mas jamais ultrapassavam vinte e cinco chicotadas diárias, mesmo se a pena fosse superior a isso.

---

[47] RUSCHEL, Ruy Ruben. “O Direito de Propriedade dos Índios Missioneiros”. *In: Veritas.* Porto Alegre: PUC, v. 33, n. 153, março 1994, p. 107. Para aprofundar o estudo da questão indígena nas missões jesuíticas, constatar: KERN, Arno. *Missões: Uma Utopia Política.* Porto Alegre: Mercado Aberto, 1982; FLORES, Moacyr. *Colonialismo e Missões Jesuíticas*. Porto Alegre: EST/ICHRS, 1983; QUEVEDO, Julio. As Missões: Crise e Redefinição. São Paulo: Ática, 1993; HAUBERT, Maxime. *Índios e Jesuítas no Tempo das Missões*. São Paulo: Companhia das Letras/Círculo do Livro, 1990.

[48] BRUXEL, Arnaldo. Op. cit., p. 54.

As referências a prisões nas Missões são inexistentes, ou se referem a prisões domiciliares. (...) Seguindo os costumes espanhóis, que jamais permitiam a punição de autoridades em praça pública, os caciques também não sofriam esta pena. Os culpados jamais eram acorrentados ou algemados, seus casos eram sempre estudados e as testemunhas ouvidas e acareadas. A punição usual nas Missões era a reprimenda Ocorria também, em casos muito extremos, o ostracismo de certos criminosos para Missões longínquas e mesmo o banimento.

O fato de ser a punição sempre pública e aplicada pelos próprios índios limitava a possibilidade de abusos e excessos na aplicação das penas. (...) O sistema penal nunca foi rigoroso em excesso, o que foi extraordinário para uma época em que as punições, mesmo na Europa, eram ainda violentas. A coercitividade era, assim, mínima, e durante um século e meio não fizeram os guaranis nenhuma revolta contra os jesuítas enquanto no mesmo período as reações contra os encomendeiros foram violentas e freqüentes (...). Só um sistema penal não-rigoroso pode explicar como apenas dois padres podiam controlar uma Missão inteira. A disciplina, como bem salientou Sagot, era mais rigorosa do ponto de vista coletivo, social, do que individualmente, quando era pouco exigente.[49]

Na verdade, os jesuítas se constituíram, ao mesmo tempo, em juízes e em jamais superiores das causas indígenas, no interior das reduções. Tendo em vista que as Missões eram parte da Coroa Espanhola, a legislação aplicada nas reduções eram as Leis das Índias. À insuficiência ou inadequação das Leis das Índias na resolução de casos concretos, facultava-se aos jesuítas da América, por concessão do Papa Paulo III, a elaboração de estatutos ou normas para suprir essa falta. Assim, como escreve B. Fernández Herrero, os jesuítas elaboraram regras específicas "para a sua circunstância local e estas normas que compuseram o corpo legislativo das reduções foram recolhidas no Livro de Ordens que cada padre devia ter em sua redução, e que, seguindo-o, não daria lugar para improvisações que fizessem diferentes os sistemas administrativos de cada povo, com vistas a alcançar uma uniformidade (...)".[50]

Mas o tema da justiça e da legalidade paralela durante a colonização não abarca apenas os esforços de ocupação indígena, pois o projeto escravista senhorial de negação do "outro" integra também a coerção despersonalizada, a violência física e a discriminação social da cultura negra. Desde o século XVII, a elite dominante e seus letrados servis buscaram justificar, sob o aspecto religioso, moral e jurídico, um projeto cristão-colonialista, colocando

---

[49] KERN, Arno A. Op. cit., p. 57-59. Para aprofundar-se no estudo do Direito e da Justiça na experiência das reduções guaraníticas, examinar: HERRERO, Beatriz Fernández. *La Utopía de América: Teoria, Leyes, Experimentos*. Barcelona: Anthropos, 1992; CHASE-SARDI, Miguel. *El Derecho Consuetudinario Indigena y su Bibliografia* Antropológica en el Paraguay. Asunción: Biblioteca Paraguaya de Antropología, 1990.
[50] HERRERO, Beatriz Fernández. Op. Cit., p. 322-323. Sobre o Livro de Ordens, observar: LUGON, Clóvis. A República "Comunista" Cristã dos Guaranis, p. 92-95.

em relevo a legitimidade da escravidão e a fundamentação de normas que institucionalizassem o controle. Daí a resposta das massas negras engajadas na resistência à escravidão.[51] Essa luta pela libertação alcança seu momento mais expressivo nos quilombos do sudeste do Brasil, entre os séculos XVII e XVIII. Tal forma do estrutura político-econômica que teve em Palmares o melhor exemplo de organização, florescimento e resistência, enquanto regime comunitário, manteve-se com base na agricultura e na criação de animais de subsistência. Assim, os negros de Palmares, tornando-se auto-suficientes, e criando formas de defesa e sobrevivência ao escravismo colonial, desenvolveram práticas de convivência respaldadas no igualitarismo e na participação comunitária, dirimindo possíveis procedimentos causa dores de atritos e confrontos sociais. O fato real é que os quilombos, no relato de um estudioso do assunto, "ao repudiar o sistema de latifúndio dos sesmeiros, adotaram a forma do uso útil de pequenos tratos, roçados, base econômica da família livre; (...) o excedente da produção era dado ao Estado, como contribuição para a riqueza social e defesa do sistema; (...) a solidariedade e a cooperação eram praticadas desde o início dos quilombos, que deve remontar aos princípios do século XVII; (...) a sociedade livre era regida por leis consagradas pelos usos e costumes; (...) não existiam vadios nem exploradores nos quilombos, mas, sim, uma ativa fiscalização como sói acontecer nas sociedades que se formam no meio de lutas, contra forma, ultrapassadas de relações de produção (...)".[52]

---

[51] Escreve Alfredo Bosi (op. cit., p, 24): "A alternativa para o escravo não era, em princípio, a passagem para um regime assalariado, mas a fuga para os quilombos, Lei, trabalho e opressão são correlatos sob o escravismo colonial. Nos casos de alforria, que se tornam menos raros a partir do apogeu das minas, a alternativa para o escravo passou a ser a mera vida de subsistência como posseiro em sítios marginais, ou a condição subalterna de agregado que subsistiu ainda depois da abolição do cativeiro, De qualquer modo, ser negro livre era sempre sinônimo de dependência", Para aprofundar a análise da resistência negra, da luta organizada, e dos processos criminais resultantes da escravidão, examinar: MACHADO, Maria Helena P. T. Crime e Escravidão: Trabalho, Luta e Resistência nas Lavouras Paulistas - 1830-1888. São Paulo: Brasiliense, 1987; GRINBERG, Keila. Liberata - A Lei da Ambigüidade: As Ações de Liberdade da Corte de Apelação do Rio de Janeiro. Século XIX Rio de Janeiro: Relume-Dumara, 1994.

[52] MOURA, Clovis. Op. cit., p. 38-39. Vide ainda: ROCHA, Osvaldo de Alencar. "O Negro e a Posse da Terra no Brasil". In: Negros e Índios no Cativeiro da Terra. Op, cit., p. 48. VAINFAS, Ronaldo. Ideologia & Escravidão: Os Letrados e a Sociedade *Escravista no Brasil Colonial*. Petrópolis: Vozes, 1986; ROCHA, Manoel Ribeiro. "Etíope Resgatado". *In* SUESS, Paulo (ed.). Petrópolis: Vozes, 1992.

Interessante observar o descaso das autoridades coloniais e a inexistência de uma legislação oficial reguladora das condições, garantias e direitos dos escravos negros. A esse respeito, escreve César Trípoli (op. cit., p. 110-144) que realmente a legislação só se preocupou com sua importação: "De fato, foi em virtude do Alvará de 29 de março de 1559 que os senhores de engenhos, no Brasil, ficaram autorizados a mandar vir escravos de S. Tomé, com licença do Governador Geral. I, (...) Não há vestígio, depois do Alvará de 1559, de qualquer lei com referência aos negros africanos, cuja importação foi sempre aumentando. Afirma-se que, durante o século XVII, entraram no Brasil cerca de quarenta mil negros africanos por ano.

-Foi somente nos últimos vinte anos do dito século que se tratou deles na legislação. Os seus inestimáveis serviços nunca mereceram a consideração dos governadores e muito menos da Metrópole; e a Metrópole acordou, quando os negros constituíram um Estado no Estado com a implantação da República dos Palmares, e procurou então obter pelas vias legislativas o que as expedições militares não tinham podido conseguir. De fato, foi expedido o Alvará de 10 de março de 1682, determinando várias providências para chamar os quilombolas ao trabalho dos engenhos c das propriedades agrícolas, de onde haviam fugido, e assegurando-lhes a prescrição do

Na busca da real historicidade das instituições, o avanço pelo cenário de uma legalidade autóctone, como se constatou, também possibilita contemplar o lado da oficialidade. De fato, importa reconhecer o papel desempenhado pelos operadores hegemônicos da justiça oficial, considerando a estrutura econômica marcada por práticas mercantilistas e escravistas, bem como por uma montagem político-administrativa semifeudal, patrimonialista e elitista, cuja dinâmica histórica nega o direito do "outro" (o filho nativo da terra) para incorporar e impor o Direito alienígena colonizador. Assim, para que esse ordenamento colonial funcionasse formalmente, foi necessário um aparato institucionalizado composto de atores profissionais (juízes, ouvidores, escrivães) e instâncias processuais (Administração da Justiça, Tribunal da Relação, Casa da Suplicação etc.). Daí a obrigatoriedade de se examinar, na etapa seguinte, a organização, a competência e os integrantes da Justiça Colonial.

2.3. Os operadores jurídicos e a administração da justiça

Para entender a dinâmica da justiça no período colonial impõe-se descrever seu quadro organizacional como um todo, razão pela qual se ressalta a constituição e a competência das instâncias jurisdicionais, bem como o recrutamento, o comportamento, as funções e influências dos magistrados na sociedade, enquanto operadores jurídicos.

Analisando o primeiro aspecto, cabe caracterizar que a administração da justiça, no período das capitanias hereditárias, estava entregue aos senhores donatários que, como possuidores soberanos da terra, exerciam as funções de administradores, chefes militares e juízes. Assim, os donatários, detendo os mais amplos poderes para organizar seus domínios, não dividiam "com outros o Direito de aplicar a lei aos casos ocorrentes, dirimindo os conflitos de interesses e direitos entre os habitantes a capitania".[53]

A situação modificou-se consideravelmente com o advento dos governadores-gerais, evoluindo para a criação de uma justiça colonial para a formação de uma pequena burocracia composta por um grupo de agentes profissionais. Isso foi possível na medida em que as antigas capitanias se transformaram em espécie de províncias unificadas pela

---

domínio dos senhores, no prazo de cinco anos, a contar do dia em que voltassem ao convívio do povo. - Em 1687, ainda, foram ajustadas condições entre o governador de Pernambuco e o paulista Domingos Jorge Velho, para conquistar e destruir os negros levantados dos Palmares". Oportuna é também a releitura crítica da condição do negro escravo frente à legislação oficial em: SILVA, Dimas Salustiano da. "Direito Insurgente do Negro no Brasil: Perspectivas e Limites no Direito Oficial". *In*: CHAGAS, S. D. (org.). *Lições de Direito Civil Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 57-71; FREITAS, Décio. *Escravidão de Índios e Negros no Brasil.* Porto Alegre: EST/ICP, 1980.

[53] MARTINS JÚNIOR, Isidoro. Op. cit., p. 125.

autoridade do mandatário-representante da Metrópole. Tornou-se mais fácil com a reforma político-administrativa impor um sistema de jurisdição centralizadora controlada pela legislação da Coroa.

Por orientação das Cartas de Doação, a primeira autoridade da Justiça Colonial foi o cargo particular de ouvidor, designado e subordinado aos donatários das capitanias por um prazo renovável de três anos.

Tratava-se, numa primeira fase, de meros representantes judiciais dos donatários com competência sobre ações cíveis e criminais.

Mais tarde, em 1549, com a implantação do primeiro governo-geral e com o alargamento das responsabilidades burocráticas e fiscais, os primitivos ouvidores passaram a ser ouvidores-gerais com maiores poderes e com mais independência em relação à administração política. Neste sentido, Stuart B. Schwartz escreve que o estabelecimento da função de ouvidor-geral no Brasil "refletiu não só o desejo da Coroa de melhorar a situação da justiça, mas também sua vontade de aumentar o controle real centralizado. O interesse da Coroa pela área cresceu a partir de 1550, e o ouvidor-geral, na qualidade de funcionário real de confiança, a cada passo assumiu novas funções e responsabilidades em nome do interesse real".[54] Não resta dúvida de que o ouvidor-geral acabou transformando-se num dos cargos mais importantes durante a segunda fase da colonização, juntamente com o de governador-geral e o de provedor-mor da fazenda. Por resolver as questões de justiça e os conflitos de interesses, o ouvidor-geral detinha um poder quase sem limites, sujeito ao seu próprio arbítrio pessoal; de suas decisões, na maioria das vezes, não cabia apelação nem agravo.[55]

O crescimento das cidades e da população aumentou os conflitos, determinando o alargamento do quadro de funcionários e autoridades da justiça. A organização judiciária, reproduzindo na verdade a estrutura portuguesa, apresentava uma primeira instância, formada por juízes singulares que eram distribuídos nas categorias de ouvidores, juízes ordinários e juízes especiais. Por sua vez, estes se desdobravam em juízes de vintena, juízes de fora, juízes de órfãos, juízes de sesmarias etc. A segunda instância, composta de juízes colegiados, agrupava os chamados Tribunais de Relação que apreciavam os recursos ou embargos. Seus membros designavam-se desembargadores, e suas decisões, acórdãos. Já o Tribunal de Justiça Superior, de terceira e última instância, com sede na Metrópole, era representado pela Casa da Suplicação, uma espécie de tribunal de apelação.[56]

---

[54] SCHWARTZ, Stuart B. Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial. São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 28.
[55] Cf. MARTINS JÚNIOR, Isidoro. Op. cit., p. 114. Igualmente, constatar: TRIPOLI, César. Op. cit., p. 221.
[56] Cf. MARTINS JÚNIOR, I. Op. cit., p. 129; NASCIMENTO, Walter V. Op. cit., p. 248-251; CARVALHO, José Murilo. *A Construção da Ordem: a Elite Política Imperial.* Rio de Janeiro: Campus, 1980, p. 135. Ainda sobre a organização judiciária e policial do período colonial, verificar: LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo,*

Uma descrição completa do sistema judicial lusitano dos séculos XVI e XVII não pode deixar de destacar o supremo conselho institucionalizado e a esfera mais elevada de jurisdição, qual seja, o Desembargo do Paço. Já consagrado pelas Ordenações Manuelinas, o Desembargo do Paço não tinha função específica de julgamento, mas sim de "assessoria para todos os assuntos de justiça e administração legal, embora causas de mérito especial que houvessem exaurido todos os outros meios de acordo pudessem ser levadas até esse órgão".[57] De igual modo, cabiam lhe a elaboração e correção da legislação, a designação, promoção e avaliação do desempenho de magistrados.[58] É certo que tais tribunais superiores (Desembargo do Paço e Casa da Suplicação), mesmo sendo transferidos para o Brasil em 1808, seguiram sendo sempre "instituições remotas para a maioria dos brasileiros".[59]

O primeiro Tribunal da Relação, criado em 1587 para atuar na Colônia, não chegou a entrar em funcionamento, pois o navio que trazia os dez ministros nomeados acabou não podendo zarpar de Portugal. Posteriormente, o governo da Metrópole constituiu um segundo Tribunal da Relação, oficializado para ocorrer na Bahia, dando-lhe regulamentação em 7 de março de 1609. Entretanto, como descreve Rodolfo Garcia, a invasão da Bahia pelos holandeses fez com que Portugal decidisse abolir, essa Relação temporariamente, por alvará de 5 de abril de 1626, sendo restaurada, posteriormente, por interesse da Câmara Bahiana, em 12 de Setembro de 1652. O Brasil teria, quase um século depois, outro Tribunal da Relação, dessa feita no Rio de Janeiro, pelo alvará de 13 de outubro de 1751.[60] Outros Tribunais de Relação seriam ainda criados: no Maranhão em 1812 e no Pernambuco em 1821, subindo os feitos, nos casos de apelações e agravos das decisões desses Tribunais, para a Casa da Suplicação.[61] A justificação plena da Relação do Rio de Janeiro deu-se porque a população do Sul do Brasil ficava deslocada e distante, geograficamente, da Relação de Salvador (sua jurisdição abrangia todo o norte de Porto Seguro até a capitania do Rio Negro), não podendo permanecer "nela suas causas, e requerimentos, sem padecer grandes demoras, despesas e perigos, o que só podia evitar-se, criando-se outra Relação

---

Enxada e Voto. 4. ed., São Paulo: Alfa-Omega, 1978, p. 181,188: ROCHA POMBO, José Francisco da. História do Brasil. V. IV. O Regime Colonial. Rio de Janeiro/São Paulo: W. M. Jackson Inc. Editores, s/d., p. 144-161; SEGURADO, Milton Duarte. História Resumida do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1982, p. 11-33.

[57] SCHWARTZ, Stuart E. Op. cit., p. 9.

[58] *Ibidem*.

[59] FLORY, Thomas. *El Juez de Paz y el Jurado en el Brasil Imperial*. 1808-1871. México: Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 59.

[60] GARCIA, Rodolfo. *Ensaios sobre a História Política e Administrativa do Brasil* (1500-1810). Rio de Janeiro: José Olympio, 1956, p. 83-86. Igualmente, ver: TRIPOLI, César. Op. cit., p. 251-252.

[61] Cf. CALMON, Pedro. *História da Civilização Brasileira*. 2 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1935, p. 133-134.

na cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro (...)".[62] Além, é claro, da hipótese de que o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro surgira para tornar mais eficaz a máquina judiciária, desencadeando maior "presteza nos litígios". Historiadores do Direito como Amo e Maria José Wehling sugerem que as mudanças determinantes das "decisões mais rápidas" acerca de demandas judiciais (ligadas em grande parte às atividades de exploração mineradora) contribuíram para suplantar os efeitos negativos dos "sucessivos embargos e recursos dilatórios" que paralisavam a produção aurífera e reduziam a arrecadação.[63] Esse segundo Tribunal recursal foi inspirado no modelo do Tribunal da Relação da Bahia, o que explica o mesmo número de desembargadores, com idênticos vencimentos. Sua jurisdição compreendia Rio de Janeiro, Minas Gerais, São Paulo e o sul do País. Como esclarecem os Wehling, os encargos do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro compreendiam "três situações do ponto de vista jurídico processual. Era uma *instância recursal* e enquanto tal recebia dois tipos de recursos: as apelações e os agravos. Recebia *ações novas* nas áreas cível, criminal e do patrimônio estatal, em certos casos. Possuía, também, *competência avocatória* em situações de juízo criminal. O Tribunal não era, portanto, a despeito de seu caráter geral revisor, exclusivamente recursal".[64]

Cabe ainda mencionar, como inerente ao organismo judiciário da época, as Juntas de Justiça, já referidas pelo Regimento de Tomé de Souza, mas adquirindo maior notoriedade pelo alvará de 18 de junho de 1765 e tornando-se extensivas a todo o território do Brasil onde houvesse ouvidores. No dizer de Martins Júnior, as ditas Juntas de Justiça eram "pequenos tribunais compostos do ouvidor de uma capitania e de dois letrados adjuntos, que (...) sentenciavam sumariamente em certos pontos do país". [65]

Com a criação e o funcionamento do Tribunal da Relação,[66] no Brasil, consolidou-se uma forma de administração da justiça não mais efetuada pelo ouvidor-geral, mas centrada na burocracia de funcionários civis preparados e treinados na Metrópole. Assim, o segundo aspecto sobre o qual incide nosso interesse é referente a composição, funções e

[62] FERREIRA, Waldemar. *O Direito Público Colonial do Estado do Brasil sob o Signo Pombalino.* Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1960, p. 80.
[63] WEHLING, Amo e WEHLING, Maria José. "As Origens do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro". *SBPH. Anais da XIV Reunião*. Salvador, 1994, p. 136.
[64] WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José. "A Atividade Judicial do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 1751-1808". *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Rio de Janeiro, 156 (386): jan./mar. 1995, p. 81.
[65] MARTINS JÚNIOR, L Op. cit., p. 129; GARCIA, Rodolfo. Op. cit., p. 87.
[66] Sobre a composição funcional dos primeiros Tribunais Superiores, escreve Rocha Pombo que "cada Relação compunha-se de doze membros, sendo: um Governador ou Regedor; um Chanceler; cinco Desembargadores de agravos; dois Ouvidores Gerais (um do cível, outro do crime); um Procurador da Coroa (promotor da Justiça): e um Juiz dos Feitos da Fazenda Real. Contava ainda o seguinte pessoal de ofício: nove escrivães; dois inquiridores (um do crime, outro do cível); um guarda-mor; dois guarda-menores; dois meirinhos; um capelão, um médico (além de um cirurgião e um sangrador) e um carcereiro. Todos os juízes e oficiais tinham ordenado e propinas; exceto os escrivães, que só percebiam custas. O Governador Geral do Estado era de direito o Regedor da Relação, (...)". *História do Brasil. O Regime Colonial*, V, II, p. 145.

conduta dos principais agentes jurídicos no âmbito do aparelho judiciário colonial. Para examinar mais de perto a formação social e o comportamento profissional dessa burocracia de magistrados, tomou-se como fonte o estudo clássico de Stuart B. Schwartz, envolvendo o primeiro órgão de Justiça Superior, conhecido exatamente como Tribunal da Relação da Bahia, entre 1609 e 1751, e as pesquisas históricas sobre os magistrados no Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, no século XVIII, desenvolvidas por Amo e Maria José Wehling.

Justifica-se, deste modo, o interesse em examinar a magistratura portuguesa por ter sido a que compôs, inicialmente, a primeira instância brasileira de apelação e que iria influenciar o perfil dos juízes nascidos na colônia principalmente, a partir do século XVIII.[67]

Os magistrados revelavam lealdade e obediência enquanto integrantes da justiça criada e imposta pela Coroa, o que explica sua posição e seu poder em relação aos interesses reais, resultando em benefícios nas futuras promoções e recompensas. Na verdade, a magistratura lusa, de cujo núcleo nasceu a brasileira, ainda que tenha emergido de estrutura burocrática, adquirira condição de organização moderna e profissional, habilitando-se a tarefas de natureza política e administrativa.[68]

A carreira do magistrado estava inseri da na rigidez de um sistema burocrático que delineava a circulação e a prestação de serviço na Metrópole e nas colônias. Em geral, o exercício da atividade judicial era regido por uma série de normas que objetivavam coibir envolvimento maior dos magistrados com a vida local, mantendo-os eqüidistantes e leais servidores da Coroa. Dentre algumas dessas regras, vale lembrar a designação por apenas um período de tempo no mesmo lugar, as proibições de casar sem licença especial, de pedir terras na sua jurisdição e de exercer o comércio em proveito pessoal. Ainda que essas regras se impusessem em Portugal, no Tribunal Superior da Bahia, sua violação acabava sendo constante, tanto por parte de desembargadores portugueses (aqueles que pretendiam permanecer no país) quanto de magistrados brasileiros.[69]

---

[67] A propósito, em suas investigações sobre o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, Arno Wehling assinala que o número de desembargadores naturais do Brasil comprova o "papel que a colônia, desde o início do século XVII (...) veio a desempenhar no Império português. Vinte e nove vírgula quatro por cento dos magistrados eram nascidos no Brasil, com predomínio casual ou não da região mais 'nova', a do sudoeste minerador. Na Bahia, entre 1609 e 1759, dos 168 desembargadores, apenas 9 eram brasileiros. É evidente que, na segunda metade do século XVIII, aumentou a presença brasileira na burocracia portuguesa colonial ou metropolitana, garantindo-se sua unidade ideológica pela formação jurídica comum numa única universidade, pela existência de critérios padronizados de ingresso ao serviço público e por um *cursus honorum* que garante se iniciava por um juizado de fora, encerrando-se na magistratura colegiada. A naturalidade em si, colonial ou portuguesa, não distinguia estes burocratas uns dos outros". In: "O Magistrado do Tribunal da Relação: Origem Geográfica e Social". Sociedade Brasileira de Pesquisa Histórica (SBPH). Anais da XVI Reunião. Curitiba, 1996, p.154.
[68] Cf. CARVALHO, José Murilo. Op. cit., p. 134.
[69] Cf. SCHWARTZ, Stuart B. Op. cit., p. 139-145; CARVALHO, José Murilo. Op. cit., p. 134.

Por tratar-se da “espinha dorsal” do governo real, o acesso à magistratura, enquanto função privilegiada, impunha certos procedimentos de triagem, com critérios de seleção baseados na origem social. Ainda que o apadrinhamento e a venda clandestina não fossem descartados, impunha-se um processo de recrutamento que assegurasse padrão mínimo de eficiência, organização e profissionalismo.[70]

Na descrição de Stuart B. Schwartz, a administração real escolhia os futuros profissionais da justiça num extenso leque da sociedade portuguesa, com predominância de indivíduos de origem social específica. A grande maioria dos operadores jurídicos que vieram para o Tribunal da Relação da Bahia, entre 1609 e 1759, “eram de classe média, e sua presença no funcionalismo real refletia o uso que faziam da carreira de jurista como canal de ascensão social”.[71] Naturalmente que, de todas as camadas sociais, a pequena nobreza (filhos de fidalgos) e o funcionalismo (filhos de fiscais, inspetores ou tabeliães) foram os que mais contribuíram, além de filhos e netos de letrados, para a composição de cargos profissionais na Justiça. Havia restrições aos descendentes de comerciantes ou negociantes, bem como aos cristãos novos e aos “impuros de sangue”, como os mestiços, mulatos, judeus, e outros.[72]

Para ingressar na carreira, além da origem social, era condição indispensável ser graduado na Universidade de Coimbra, de preferência em Direito Civil ou Canônico, ter exercido a profissão por dois anos e ter sido selecionado através do exame de ingresso ao serviço público (a “leitura de bacharéis”) pelo Desembargo do Paço em Lisboa. Sua atividade profissional começava como “juiz de fora”, prosseguindo como ouvidor de comarca e corregedor. Somente após uma boa experiência na administração judiciária é que o magistrado era promovido a desembargador, podendo ser designado tanto para a Metrópole quanto para as colônias. A designação da função de desembargador para o Tribunal da Relação resultava de nomeação do Rei, através fia Mesa do Desembargo do Paço, devendo o escolhido “atender a um perfil jurídico-institucional que estava definido em normas de variada natureza. Tal perfil previa suas características pessoais (morais, psicológicas e materiais) e a natureza das funções a desempenhar.”[73] Ainda que, em regra, os juízes fossem designados para o Brasil, com a promessa de promoção ao término de seis anos, muitos

---

[70] Cf. SCHWARTZ, Stuart B. Op. cit., p. 57-62. Ver ainda: WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José. “As Leituras de Bacharéis e o Ingresso à Burocracia Judiciária Portuguesa. O Caso Luso-brasileiro”. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Rio de Janeiro: 156 (387): 253-263, abr./jun. 1995.

[71] SCHWARTZ, Stuart B. Op. cit., p. 227.

[72] Cf. SCHWARTZ, Stuart B. Op. cit., p. 62, 72 e 232. Observar também: WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José. *O Magistrado do Tribunal da Relação: Origem Geografia e Social*. p. 151 e 154.

[73] WEHLING, Maria José e WEHLING, Arno. “O Magistrado no Tribunal da Relação do Rio de Janeiro - Perfil Jurídico-Institucional”. Sociedade Brasileira de Pesquisa Histórica (SBPH). *Anais da XVI Reunião.* Curitiba, 1996, p. 157.

ligavam-se pessoalmente de tal forma à colônia - por motivo de casamento ou enriquecimento - que acabavam adiando a volta por muitos anos ou mesmo recusando as nomeações posteriores.[74]

Uma análise da administração da justiça no período colonial revela, segundo Stuart B. Schwartz, a inter-relação e a convivência de duas modalidades complexas e opostas de organização sócio-política:

a) relações burocráticas calcadas em procedimentos racionais, formais e profissionais;

b) relações primárias pessoais baseadas em parentesco, amizade, apadrinhamento e suborno.[75] O entrelaçamento desses dois sistemas de organização - burocracia e relações pessoais - projetaria uma distorção que marcaria profundamente o desenvolvimento de nossa cultura jurídica institucional. Essa particularidade reconhecida na sociedade colonial veio a ser o fenômeno que Stuart B. Schwartz identifica como o "abrasileiramento" dos burocratas, ou seja, a inserção numa estrutura de padrões rigidamente formais de práticas firmadas em laços de parentesco, dinheiro e poder. O "abrasileiramento" da magistratura significava a corrupção das metas essencialmente burocráticas, porquanto os critérios de validade passavam a ser imputados a pessoas, à posição social e a interesses econômicos. A corrupção cobria um lastro de desvios da legislação e das regras burocráticas.[76] Evidentemente, os magistrados, em diversas ocasiões, empregaram o "poder e a influência do seu cargo para obter vantagens pessoais, conveniências ou para proteger suas famílias e dependentes. (...) Freqüentemente o abuso do cargo se dava para a obtenção de vantagens pessoais diretas",[77] o que implicava favorecimento e suborno capazes de subverter a própria justiça.

Ademais, o comportamento profissional de setores da magistratura era constantemente afetado por uma gama de relações primárias que iam desde o casamento colonial (forma de incorporação na sociedade local e de aquisição de riqueza e propriedades) até os laços de amizade e de compadrio (padrinho de batismo ou de casamento).[78] Esses contatos pessoais e esses critérios não-burocráticos, que extrapolavam os regula mentos formais da profissão, abriam o acesso ao dinheiro, prestígio e posse de terras de tradicionais famílias ligadas à criação de gado e ao plantio da cana-de-açúcar. Conquanto a hegemonia das oligarquias agrárias nacionais não se tenha constituído por descendência nobre, mas sim pela

---

[74] Cf. SCHWARTZ, Stuart B. Op. cit., pp. 142,271-274. Ver igualmente: FLORY, Thomas. Op. cit., p. 60.
[75] Cf. SCHWARTZ, Stuart B. Op. cit., p. 251-292.
[76] Cf. SCHWARTZ, Stuart B. Op. cit., p. 252-261; FLORY, Thomas. Op. cit., p. 62.
[77] SCHWARTZ, Stuart B. Op. cit., p. 264-267.
[78] Cf. SCHWARTZ, Stuart B. Op. cit., p. 271-273-274.

riqueza derivada do domínio de terras, não é de causar estranheza a existência de magistrados que buscavam a aquisição de uma fazenda ou de um engenho de cana-de-açúcar. Na medida em que a posse da terra possibilitava aos magistrados fortuna e poder social, nada mais natural que aspirassem permanecer na colônia, desinteressando-se por promoções funcionais.[79] As possíveis irregularidades e os desvios dos objetivos profissionais eram acomodados pelo controle fiscalizador da Coroa na medida em que esses funcionários judiciais bem treinados, obedientes e leais, eram símbolo dos interesses reais absolutistas. Parece muito claro, como sugere Stuart B. Schwartz, que as distorções praticadas pela Relação bahiana e por seus magistrados eram, na óptica da Coroa "compensadas, em parte, pelas funções políticas que eles desempenhavam. Na medida em que o governo do Brasil saiu das mãos dos donatários das capitanias e passou a ser diretamente controlado pela Coroa, os funcionários judiciais (...) assumiram importantes funções políticas e administrativas".[80]

Portanto, o magistrado da Relação do Rio de Janeiro, além das funções de natureza judicial, acumulava-as com outras, como o ministério público e as "atividades políticas e administrativas que o tornavam de fato um membro do governo colonial".[81]

O governo imperial favoreceu a emergência de uma elite de funcionários reais que ocupavam um espaço estratégico no processo de dominação política, exploração econômica e controle institucional. A natureza de tal dinâmica refletia as contradições entre procedimentos formais inerentes ao aparato burocrático português e práticas de relações pessoais primárias próprias da estrutura dependente e subserviente. De fato, esses operadores jurídicos, na maior parte das vezes, almejavam "objetivos coletivos ou pessoais que conflitavam frontalmente com os padrões dos cargos que ocupavam. Era este o paradoxo do governo colonial, paradoxo que, no entanto, dava vida ao regime ao conciliar os interesses da Metrópole com as colônias".[82]

É indiscutível, portanto, reconhecer que no Brasil-Colônia, a administração da justiça atuou sempre como instrumento de dominação colonial. A monarquia portuguesa tinha bem em conta a necessária imperiosa identificação entre o aparato governamental e o poder judicial. Friza-se, deste modo, que a organização judicial estava diretamente vinculada aos níveis mais elevados da administração real, de tal forma que se tornava difícil distinguir, em certos lugares da colônia, a representação de poder das instituições uma da outra, pois ambas se confundiam.[83]

---

[79] Cf. SCHWARTZ, Stuart B. Op. cit., p. 266-267.
[80] SCHWARTZ, Stuart B. Op. cit., p. 290.
[81] *In*: *O Magistrado no Tribunal da Relação do Rio de Janeiro. Perfil Jurídico-Institucional,* p. 16l.
[82] SCHWARTZ, Stuart B. Op. cit., p. 292.
[83] Cf. FLORY, Thomas. Op. cit., p. 58.

Nesta historicidade buscou-se, sobretudo, descrever o processo ideológico de formação do Direito e da Justiça oficiais ao longo da colonização do país, bem como sua interdependência com uma ordem institucional político-administrativa, marcada pela coexistência antagônica e conflitante de formas tradicionais (patrimonialismo) com procedimentos racionais (burocracia). As expressões "burocracia" e "patrimonialismo" foram não só tratadas, sociologicamente, por Max Weber, para designar fenômenos distintos, movidos por "princípios reguladores opostos", como também foram empregadas, concomitante e hibridamente, para configurar o desenvolvimento de certa prática de organização política pré-moderna. É, pois, neste sentido particular que se procurou enquadrar a experiência legal-institucional brasileira, caracterizada essencialmente por traços pertencentes "em parte à forma racional de dominação e outros, no entanto, à forma tradicional (...)".[84]

Trata-se da adequação, no interior da sociedade colonial, de atitudes e relações não-profissionais de "dominação tradicional" com práticas administrativas profissionais marcadas pela especialização hierarquia e carreira burocrática. Naturalmente todo esse aparato jurídico-administrativo, que nada mais foi do que a transposição da estrutura funcional, da legislação interna e da organização institucional portuguesa na colônia, estava longe de ser equânime, ampla e eficaz. Tais assertivas são corroboradas pela historiografia mais recente que rastreia aspectos da cultura jurídica brasileira no século XVIII. É nessa perspectiva os Wehling reconhecem, com precisão, que "a justiça oficial justapunha-se muitas vezes à justiça privada, exerci da no interior por proprietários rurais cujo poder não era contestado pelas autoridades coloniais por absoluta incapacidade de meios. O mandonismo rural sempre foi, ao longo do século XVIII, um eficiente contrapeso, em vastas regiões do país, à atuação das políticas de centralização. A própria justiça oficial estava longe de ser eficiente. Literatos, teólogos e administradores contemporâneos escreveram sobre ela, lastimando sua morosidade, a venalidade de seus funcionários, a cupidez dos advogados ou a incapacidade dos juízes ordinários. Houve, também, casos de denúncias de corrupção de juízes de fora, ouvidores e até desembargadores da Relação da Bahia".[85]

Além das formas convencionais de administração da justiça, produzidas e mantidas pelo Estado no período da colonização, cabe aludir, no amplo cenário de procedimentos históricos legais e na determinante influência da Igreja Católica à época, a presença da justiça eclesiástica acolhida e resguardada pela Inquisição. Sabe-se que o

---

[84] URICOECHEA, Fernando. Op. cit., p. 14.
[85] WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José. *A Atividade Judicial do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 1751-1808*, p. 81.

Tribunal do Santo Ofício possuía um Regimento Interno, composto por leis, jurisprudência, ordens e regulamentos, sendo os crimes de maior gravidade aqueles considerados contra a fé e contra a moral e os costumes, prevalecendo métodos de ação como a "denúncia", a "confissão", a "tortura" e a "pena de morte" na fogueira.[86] Em que pese nunca ter havido um Tribunal no Brasil, a Inquisição teve atuação marcante na Colônia com as chamadas Visitação do Santo Ofício. Ainda que se destacassem três tribunais em Portugal (Lisboa, Coimbra e Évora), sempre que necessário e nos casos de maior gravidade, os acusados brasileiros eram julgados pelo Tribunal Inquisitorial de Lisboa.

Em face da dependência funcional da Colônia, escreve Anita Novinsky: os "agentes inquisitoriais foram enviados para o Brasil, (...) para investigar, prender os suspeitos de heresias. Apesar de em 1580 o Santo Ofício já ter delegado poderes inquisitoriais ao bispo da Bahia para enviar os hereges a Lisboa, foi somente em 1591 que (...) Portugal nomeou um visitador, Heitor Furtado de Mendonça, para ir a São Toma, Cabo Verde e Brasil, inquirir *in loco* os habitantes e iniciar os processos inquisitoriais. Esse visitador ficou no Brasil de 1591 a 1595, inquirindo primeiro na Bahia e em seguida em Pernambuco, e registrou em seus nove livros centenas de confissões e denunciações. (...) Perante o visitador são apresentadas as mais variadas heresias, feitiçarias, bruxarias, sodomia, bigamia, blasfêmias, desacatos, e os crimes de religião: judaísmo, luteranismo etc".[87]

As inspeções inquisitoriais ocorreram no Brasil durante toda a época colonial. Ainda que se possa destacar, num primeiro momento, as Visitações de 1591 e de 1618, o aumento considerável das "perseguições inquisitoriais no Brasil deu-se na primeira metade do século XV quando a produção do ouro dominava a economia colonial. Nessa ocasião, a maior parte dos prisioneiros era composta de cristãos-novos do Rio de Janeiro".[88]

É no conjunto desses fatos históricos que se há de concluir, não deixando de apoiar-se, uma vez mais, na caracterização de Anita Novinsky, ou seja, de que o Tribunal Inquisitorial do Santo Ofício, tanto na Península Ibérica quanto no Brasil, serviu-se da religião para fundamentar, arbitrariamente, um "sistema político de dominação e onde não havia lugar para os judeus, cristãos-novos, muçulmanos, negros, mulatos, ciganos, heterodoxos ou constestadores de qualquer espécie. Através de seu sistema de ameaças, (...)

---

[86] NOVINSKY, Anita. *A Inquisição*. 2 ed, São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 56-60. Consultar ainda: SIQUEIRA, Sonia A. *A Inquisição Portuguesa e a Sociedade Colonial*. São Paulo: Ática, 1978, p. 121-122 e 276-305.
[87] NOVINSKY, Anita. Op. cit., p. 76. Examinar também: VAINFAS, Ronaldo (org.) Confissões da Bahia - *O Santo Oficio da Inquisição de Lisboa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 05-36.
[88] NOVINSKY, Anita. Op. cit., p. 78-79; SIQUEIRA, Soma A. Op. cit., p. 191.

de perseguição, (...) de tortura, a Inquisição garantiu a continuidade da estrutura social do antigo regime, e a religião preencheu sua função político-ideológica".[89]

Em verdade, a especificidade da estrutura colonial de Justiça favoreceu um cenário institucional que inviabilizou, desde seus primórdios, o pleno exercício da cidadania participativa e de práticas político-legais descentralizadas, próprias de sociedade democrática e pluralista. Naturalmente, o padrão político-administrativo alienígena, instaurado pela administração portuguesa e incorporado paulatinamente por nossas instituições, acabaria assumindo, por seu formalismo retórico e por seu tecnicismo, um perfil de teor predominantemente exc1udente. Sem dúvida, seria, assim, marcado por ambivalências e contradições que que sintetizariam, permanentemente, a singularidade de uma cultura jurídica, formada, de um lado, por procedimentos de raiz conservadora - herança do burocratismo patrimonial do Brasil-Colônia -, e de outro, por valores de matiz liberal - propagados durante o Império e nos primórdios da República.

Em síntese, o delineamento dos parâmetros constitutivos da legalidade colonial brasileira, que negou e excluiu radicalmente o pluralismo jurídico nativo, reproduziria um arcabouço normativo, legitimado pela elite dirigente e por operadores jurisdicionais a serviço dos interesses da Metrópole e que moldou toda uma existência institucional em cima de institutos, idéias e princípios de tradição centralizadora e formalista. Tendo consciência desse processo, há de se ver, na etapa seguinte, como tais valores priorizados relacionaram-se e integraram-se ao projeto doutrinário do liberalismo pátrio. E mais: como a especificidade dessa relação alcançou ressonância nos horizontes do saber jurídico, na atuação dos atores centrais e na vigência da legislação oficial aplicada.

---

[89] NOVINSKY, Anita. Op. cit., p. 90. Ver: VAINFAS, Ronaldo. *Trópico dos Pecados. Moral, Sexualidade e Inquisição.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 193-332, BOSCHI, Caio C. "As Visitas Diocesanas e a Inquisição na Colônia". *Revista Brasileira de História.* São Paulo: v. 7, n° 14, p. 151-184, mar./ago. 1987.

Capítulo III

ESTADO, ELITES E CONSTRUÇÃO DO DIREITO NACIONAL

Tendo problematizado, inicialmente, que as **fontes**, **idéias** e **institutos** do moderno legalismo da sociedade burguês-capitalista advieram de uma cultura liberal individualista, legitimada e formalizada pelo poder estatal soberano, procurou-se, num segundo momento, apreciar a transposição da legalidade européia, configurada na variante do Direito Português para o Brasil-Colônia, Com isso, assinalou-se, de um lado, a sufocação do Direito nativo informal e a imposição de uma regulamentação alienígena; de outro, a consolidação de um estatuto normativo montado para defender os interesses da Coroa e colocado em ação por uma elite de profissionais bem treinados que se articularam mediante práticas “burocrático-patrimonialistas”.

Toma-se imperioso, agora, refletir sobre a historicidade da formação de uma cultura jurídica nacional que se fez necessária e que se impôs a partir da Independência do país, em 1822, Trata-se de apreciar de que maneira o liberalismo acabou constituindo-se na mais importante proposta doutrinária de alcance econômico e político, bem como de que forma suas diretrizes se manifestaram no bojo de um saber irradiado com a fundação das primeiras escolas de Direito, na criação de uma elite jurídica própria e na construção de um arcabouço legal positivo, durante o Império e o início da República. Há de se considerar, primeiramente, a natureza, a especificidade e as contradições desse liberalismo e, posteriormente, sua presença e contribuição na edificação da ordem nacional e na profissionalização dos agentes jurídicos.

3.1. O liberalismo pátrio: natureza e especificidade

O liberalismo emergiu como nova concepção de mundo, impregnada de princípios, idéias e interesses, de cunho individualista, “traduzíveis em regras e instituições” e vinculado “à condução e à regulamentação” da vida pessoal em sociedade.[1]

A doutrina global do liberalismo, em grande parte cultivada por segmentos da burguesia em ascensão contra o absolutismo monárquico, não só reproduziu as novas condições materiais de produção da riqueza e as novas relações sociais direcionadas pelas necessidades do

---

[1] Cf. BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: uma Defesa das Regras do Jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 116.

mercado, como, sobretudo, tornou-se a expressão de uma liberdade integral presente em diferentes níveis da realidade, desde o ético até o social, o econômico e o político.

O exame de seu conteúdo conduz, na correta observação de Roy C. Macridis, ao reconhecimento imperativo de alguns traços essenciais centrados em núcleos "ético-filosófico", "econômico" e "político jurídico".[2]

A dimensão "ético-filosófica" do liberalismo denota "afirmação de valores e direitos básicos atribuíveis à natureza moral e racional do ser humano". Suas diretrizes assentam nos princípios da liberdade pessoal, do individualismo, da tolerância, da dignidade e da crença na vida. Já o aspecto "econômico" refere-se, sobretudo, às condições que abrangem a propriedade privada, a economia de mercado, a ausência ou minimização do controle estatal, a livre empresa e a iniciativa privada. Ainda como parte integrante desse referencial, encontram-se os direitos econômicos, representados pelo direito de propriedade, o direito de herança, o direito de acumular riqueza e capital, o direito à plena liberdade de produzir, de comprar e de vender. Por último, a perspectiva "político-jurídica" do liberalismo está calcada em princípios básicos como: consentimento individual, representação política, divisão dos poderes, descentralização administrativa, soberania popular, direitos e garantias individuais, supremacia constitucional e Estado de Direito.

Tendo presente essas asserções genéricas, melhor se pode compreender as ambigüidades e os limites do liberalismo brasileiro, porquanto, desde os primórdios de sua adaptação e incorporação, teve de conviver com uma estrutura político-administrativa patrimonialista e conservadora, e com uma dominação econômica escravista das elites agrárias.

Não sem razão, comenta Emília Viotti da Costa, não se deve realçar em demasia a importância das idéias liberais européias nas convulsões sociais ocorridas no Brasil (Inconfidência Mineira, Revolução Pernambucana etc.), desde fins do século XVIII, pois tais movimentos não chegaram a ter grande alcance ideológico. Tal realidade é comprovada porque a nova doutrina era de conhecimento limitado entre determinados segmentos revolucionários, uma vez que a maioria da população era mantida analfabeta e alienada para que não viesse a ter verdadeira consciência das concepções importadas.[3]

O que sobretudo importa ter em vista é esta clara distinção entre o liberalismo europeu, como ideologia revolucionária articulada por novos setores emergentes e forjados na luta contra os privilégios da nobreza, e o liberalismo brasileiro canalizado e adequado para

---

[2] MACRIDIS, Roy. *Ideologias Políticas Contemporâneas*. Brasília: UnB, 1982, p. 38-41.

[3] Cf. VIOTTI DA COSTA, Emília. *Da Monarquia à República: Momentos Decisivos.* 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 26-27.

servir de suporte aos interesses das oligarquias, dos grandes proprietários de terra e do clientelismo vinculado ao monarquismo imperial. Essa faceta das origens de nosso liberalismo é por demais reconhecida, indubitavelmente, porque a falta "de uma revolução burguesa no Brasil restringiu a possibilidade de que se desenvolvesse a ideologia liberal nos moldes em que ocorreu em países como Inglaterra, França e Estados Unidos".[4] Nesses países, o 1iberalismo foi a doutrina política libertadora que representou a ascensão da burguesia contra o absolutismo, "tornando-se conservadora à medida que a burguesia se instala no poder e sente-se ameaçada pelo proletariado".[5] Já no Brasil, o liberalismo expressaria a "necessidade de reordenação do poder nacional e a dominação das elites agrárias" processo esse marcado pela ambigüidade da junção de "formas liberais sobre estruturas de conteúdo oligárquico", ou seja, a discrepante dicotomia que iria perdurar ao longo de toda a tradição republicana: a retórica liberal sob a dominação oligárquica, o conteúdo conservador sob a aparência de formas democráticas.[6] Exemplo disso é a paradoxal conciliação "liberalismo-escravidão".

Na verdade, como aponta Viotti da Costa, a principal limitação ao liberalismo brasileiro foi sua peculiar convivência com a institucionalização do escravismo. Nessa situação oficial atípica soariam falsos e inócuos os alardes em prol "das fórmulas representativas de governo, os discursos afirmando a soberania do povo, pregando a igualdade e a liberdade como direitos inalienáveis e imprescritíveis do homem, quando, na realidade, se pretendia manter escravizada boa parte da população e alienada da vida política outra parte".[7]

Eram profundamente contraditórias as aspirações de liberdade entre diferentes setores da sociedade brasileira. Para a população mestiça, negra, marginalizada e despossuída, o liberalismo, simbolizado na Independência do país, significava a abolição dos preconceitos de cor, bem como a efetivação da igualdade econômica e a transformação da ordem social. Já para os estratos sociais que participaram diretamente do movimento em 1822, o liberalismo representava instrumento de luta visando à eliminação dos vínculos coloniais. Tais grupos, objetivando manter intactos seus interesses e as relações de dominação interna, não chegaram a "reformar a estrutura de produção nem a estrutura da so ciedade. Por isso, a escravidão seria mantida, assim como a economia de exportação".[8]

---

[4] WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 97.
[5] GANDINI, Raquel C. *Tecnocracia, capitalismo e educação em Anísio Teixeira*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980, p. 134.
[6] WEFFORT, Francisco. *O Populismo na Política Brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980, p. 108-112.
[7] VIOTTI DA COSTA, Emília. Op. cit., p. 28-29.
[8] VIOTTI DA COSTA, Emília. Op. cit., p. 33; _____. "Liberalismo Brasileiro, uma Ideologia de Tantas Caras". *Folha de São Paulo*. 24.02.1985. Folhetim, p. 7-9.

Naturalmente superada a fase da luta emancipadora e do ajuste do sistema pós-independência, os segmentos sociais que se apropriaram da ideologia importada canalizaram-na num sentido, ora de mudança (setores que serão excluídos e superados), ora de conservação (facção da restauração e da conciliação). As circunstâncias favorecem o atrofiamento e o banimento do verdadeiro liberalismo (aos moldes franceses), restando o "absolutismo mascarado de D. João VI e de D. Pedro I, (que...) desclassificou todas as concepções liberais autenticamente liberais. (...) o absolutismo reformista assume, com o rótulo, o liberalismo vigente, oficial, o qual, em nome do liberalismo, desqualificou os liberais. Os liberais do ciclo emancipador foram banidos da história das liberdades, qualificados de exaltados, de extremados, de quiméricos, teóricos e metafísicos".[9]

O Estado liberal brasileiro, como qualifica Trindade, nasceu "em virtude da vontade do próprio governo (da elite dominante) e não em virtude de um processo revolucionário". O liberalismo apresentava-se, assim, desde o início, como "a forma cabocla do liberalismo anglosaxão" que em vez de identificar-se "com a liberação de uma ordem absolutista", preocupava-se com a "necessidade de ordenação do poder nacional".[10]

Analisando sua especificidade histórica, Emília Viotti da Costa reconhece no liberalismo brasileiro uma "ideologia de tantas caras", que se estruturou ao longo do século XIX, sendo usada em momentos distintos "por diferentes grupos sociais, com intenções diversas". Das várias facetas assumidas pelo liberalismo, como o "heróico" (próprio dos movimentos emancipatórios anteriores à Independência), o "antidemocrático" (os revolucionários da primeira Constituinte), o "moderado" (adeptos da monarquia constitucional), o "radical" (reformistas do período da Regência), pode-se dizer que acabou impondo-se o liberalismo de tendência "conservadora", praticado por minorias hegemônicas antidemocráticas, apegadas às práticas do "favor, do clientelismo e da patronagem".[11]

Igualmente, a retórica conservadora sobre o liberalismo democrático projetou-se como imaginário simbólico, destituído de historicidade real, pois na correta advertência de Décio Saes, o liberalismo político das oligarquias "fundava-se numa concepção de democracia representativa sem nenhuma relação com a representatividade da vontade popular; tratava-se, ao contrário, de uma concepção elitista que negava às massas incultas a

---

[9] FAORO, Raymundo. *Existe um Pensamento Político Brasileiro?* São Paulo: Ática, 1994, p. 82-83. Para aprofundamento, consultar: BOSI, Alfredo. *Dialética da Colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 194-245.
[10] TRINDADE, Hélgio. "Bases da Democracia Brasileira: Lógica Liberal e Práxis Autoritária (1822-1945)". *In*: Lamounier, Bolivar *et alii*. *Como Renascem as Democracias*. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 67.
[11] VIOTTI DA COSTA, Emília. "Liberalismo Brasileiro, uma Ideologia de Tantas Caras". Op. cit., p. 7; _____. *Da Monarquia à República*. Op. cit., p. 121-138.

capacidade de participação no processo decisório e atribuía aos homens letrados a responsabilidade exclusiva do funcionamento das instituições democráticas".[12] A rigor, tendo em conta uma leitura conservadora de liberdade, as minorias agrárias enquanto segmentos hegemônicos concebiam o jogo democrático como "uma espécie de clube aristocrático do qual as massas rurais e urbanas deveriam ser descartadas em virtude de sua ignorância, incapacidade e imaturidade".[13]

De resto, se dermos crédito aos argumentos de Roberto Schwarz, as idéias estavam "fora do lugar", uma vez que a presença da escravidão e de práticas alicerçadas no favor e no clientelismo esvaziavam e tomavam inadequadas as concepções liberais. A escravidão desfazia e desmentia as diretrizes de liberdade e de direitos fundamentais, permitindo que o discurso oficial, oco e deslocado, refletisse idéias liberais que "não podiam praticar, sendo ao mesmo tempo indescartáveis. Foram postas numa constelação especial, uma constelação prática, a qual formou sistema e não deixaria de as afetar".[14] Ademais, na trajetória de sua reprodução social, o Brasil iria pôr e repor "idéias européias, sempre em sentido impróprio".[15]

Enfim, a tradição das idéias liberais no Brasil não só conviveu, de modo anômalo, com a herança patrimonialista e com a escravidão, como ainda favoreceu a evolução retórica da singularidade de um "liberalismo conservador, elitista, antidemocrático e antipopular", matizado por práticas autoritárias, formalistas, ornamentais e ilusórias.[16]

3.2. O liberalismo e a cultura jurídica no século XIX

Com a Independência do país, o liberalismo acabou constituindo-se na proposta de progresso e modernização superadora do colonialismo, ainda que, contraditoriamente, admitisse a propriedade escrava e convivesse com a estrutura patrimonialista de poder. Ao conferir as bases ideológicas para a transposição do *status* colonial, o liberalismo não só se tomou componente indispensável na vida cultural brasileira durante o Império, como também na projeção das bases essenciais de organização do Estado e de integração da sociedade nacional.[17] Entretanto, o projeto liberal que se impôs expressaria a vitória dos conservadores

---

[12] SAES, Décio. *Classe Média e Sistema Político no Brasil*. São Paulo: T. A. Queiróz, 1984, p. 48.
[13] *Ibidem*
[14] SCHWARZ, Roberto. "As Idéias Fora do Lugar". *Cadernos Cebrap*. São Paulo, n.3,1973, p. 153-159.
[15] SCHWARZ, Roberto. Op. cit., p. 160.
[16] NOGUEIRA, Marco Aurélio. *As Desventuras do Liberalismo*. Rio de Janeiro: paz e Terra, 1984, p. 67.
[17] Cf. ADORNO, Sérgio. *Os Aprendizes do Poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 34-35,45; SALDANHA, Nelson. "Rui Barbosa e o Bacharelismo Liberal". *In: As Idéias Políticas no Brasil.* CRIPPA, Adolfo (coord.). São Paulo: Convívio, 1979, v. I, p. 164.

sobre os radicais, estando dissociado de práticas democráticas e excluindo grande parte das aspirações dos setores rurais e urbanos populares, e movia-se convivendo e ajustando-se com procedimentos burocrático-centralizadores inerentes à dominação patrimonial.[18] Trata-se da complexa e ambígua conciliação entre patrimonialismo e liberalismo, resultando numa estratégia liberal-conservadora que, de um lado, permitiria o "favor", o clientelismo e a cooptação; de outro, introduziria uma cultura jurídico-institucional marcadamente formalista, retórica e ornamental. Além de seus aspectos conservadores, individualistas, antipopulares e não-democráticos, o liberalismo brasileiro deve ser visto igualmente por seu profundo traço "juridicista". Foi nessa junção entre individualismo político e formalismo legalista que se moldou ideologicamente o principal perfil de nossa cultura jurídica: o bacharelismo liberal.[19] De fato, a vertente "juridicista" do liberalismo brasileiro teria papel determinante na construção da ordem político-jurídico nacional. Numa análise mais acurada constata-se que dois fatores foram responsáveis pela edificação da cultura jurídica nacional ao longo do século XIX. Primeiramente, a criação dos cursos jurídicos e a conseqüente formação de uma elite jurídica própria, integralmente adequada à realidade do Brasil independente. Em segundo, a elaboração "de um notável arcabouço jurídico no Império: uma constituição, vários códigos, leis"[20] etc.

A implantação dos dois primeiros cursos de Direito no Brasil, em 1827, um em São Paulo e outro em Recife (transferido de Olinda, em 1854), refletiu a exigência de uma elite, sucessora da dominação colonizadora, que buscava concretizar a independência político-cultural, recompondo, ideologicamente, a estrutura de poder e preparando nova camada burocrático-administrativa, setor que assumiria a responsabilidade de gerenciar o país. Neste sentido, os cursos jurídicos surgiram, concomitantemente, com o processo de independência e a construção do Estado nacional. Tais centros de reprodução da legalidade oficial positiva destinavam-se muito mais a responder aos "interesses do Estado do que às expectativas judiciais da sociedade. Na verdade, sua finalidade básica não era formar advogados, mas, isto sim, atender as prioridades burocráticas do Estado".[21] Assim, as escolas de Direito foram destinadas a assumir duas funções específicas: primeiro, ser pólo de sistematização e irradiação do liberalismo enquanto nova ideologia político-jurídica capaz de defender e

---

[18] Cf. ADORNO, Sérgio. Op. cit., p. 66,71.

[19] SALDANHA, Nelson. Op. cit., p. 164; VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao Bacharelismo.* São Paulo: Perspectiva, s/d., p. 271-335.

[20] LACOMBE, Américo Jacobina. "A Cultura Jurídica". *In*: *História Geral da Civilização Brasileira*. t. II, O Brasil monárquico. HOLANDA, Sérgio Buarque de (dir). São Paulo: Difel, 1976, v. 3, p. 356.

[21] FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica: Crise do Direito e Práxis Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 158. Consultar ainda, neste aspecto: AGUIAR, Roberto A. R. de. A Crise da Advocacia no Brasil. São Paulo: Alfa-Omega, 1991, p.78-79.

integrar a sociedade; segundo, dar efetivação institucional ao liberalismo no contexto formador de um quadro administrativo-profissional.[22] Contudo, essas funções distintas, mas interligadas, não deixam de revelar certa contradição, que, como demonstra Joaquim de A. Falcão, comprova-se na pretensão de serem, de um lado, defensoras dos princípios liberais, de outro, de fomentadoras da emergência de uma elite burocrática para o controle do poder. Ademais, fácil é perceber o paradoxo revelado quando "os ideais liberais, usados para a libertação da tutela colonial e emancipação nacional, pretendem legitimar e assegurar os privilégios herdados pela elite na sociedade estratificada, oriunda do período colonial".[23]

As primeiras faculdades de Direito, inspiradas em pressupostos formais de modelos alienígenas, contribuíram para elaborar um pensamento jurídico ilustrado, cosmopolita e literário, bem distante dos anseios de uma sociedade agrária da qual grande parte da população encontrava-se excluída e marginalizada. Pela importância que essas duas escolas (Recife e São Paulo) exerceram como redutos encarregados de formar atores jurídicos, cabe sublinhar algumas diferenciações.

A Faculdade de Direito pernambucana expressaria tendência para a erudição, a ilustração e o acolhimento de influências estrangeiras vinculadas ao ideário liberal.[24] A Escola do Recife introduziria para a cultura do país, a partir da segunda metade do século XIX, os mais avançados pensamentos da época, sobretudo a contribuição do germanismo via Tobias Barreto, limitando a excessiva influência portuguesa e francesa.[25] O intento do Grupo do Recife foi tratar o fenômeno jurídico a partir de uma pluralidade temática, reforçada por leituras naturalistas, biologistas, cientificistas, históricas e sociológicas, apoiando-se fortemente num somatório de tendências que resultavam basicamente no evolucionismo e no monismo, sem desconsiderar a crítica sistemática a certas formulações jusnaturalistas e

---

[22] FALCÃO, Joaquim de. *Os Advogados: Ensino Jurídico e Mercado de Trabalho*.Recife: FIN/Massangana, 1984, p. 32; FARIA, José E. Op. cit., p. 159.
[23] FALCÃO, Joaquim de A. Op. cit., p. 32.
[24] Cf. NEDER, Gizlene. "O Direito no Brasil. História e Ideologia" In: Desordem e Processo. Org. Doreodó Araújo Lima. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986, p. 155; _____. Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil. Porto Alegre: Sergio A.Fabris, 1995, p. 99-130.
Ao pesquisar a história da Faculdade do Direito do Recife, Lilia M. Schwarez destaca que a primeira etapa decorrida em Olinda "pouco ofereceu enquanto produção intelectual inovadora. O que restou foram sobretudo as estruturas rígidas dos cursos, as reproduções de obras jurídicas do estrangeiro, as profundas raízes e influências dos mestres religiosos e do jusnaturalismo católico. Trata-se de uma ciência católica, comprometida com a revelação divina e com a defesa do caráter imutável da monarquia.
A mudança para Recife em 1854 assinalará, por sua vez, uma guinada tanto geográfica como intelectual. É só a partir de então que se pode pensar em uma produção original e na existência de um verdadeiro centro criador de idéias e aglutinador de intelectuais engajados com os problemas de seu tempo e de seu país.
(...) É a partir desse momento que se percebe o surgimento de um novo grupo de intelectuais, cuja produção. transporá os estreitos limites regionais". In: SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O Espetáculo das Raças: Cientistas, Instituições e Questão Racial no Brasil-1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 146-147.
[25] Cf. VENÂNCIO FILHO, Alberto. Op. cit., p. 95-97.

espiritualistas.[26] Pode-se registrar, assim, como faz Lilia M. Schwarcz, que “a recepção dessas teorias científicas deterministas significava a entrada de um discurso secular e temporal que, no contexto brasileiro, transformava-se em instrumento de combate a uma série de instituições assentadas. No caso da Faculdade do Recife, a introdução simultânea dos modelos evolucionistas e social darwinistas resultou em uma tentativa bastante imediata de adaptar o direito a essas teorias, aplicando-as à realidade nacional. Recife foi talvez o centro que se apegou de forma mais radical tanto às doutrinas deterministas da época quanto a uma certa ética científica que então se difundia. Afastados dos centros de decisão política do país, esses pesquisadores viviam ao menos a certeza de que representavam a vanguarda científica no Brasil”.[27]

Já a Academia de São Paulo, cenário privilegiado do bacharelismo liberal e da oligarquia agrária paulista, trilhou na direção da reflexão e da militância política, no jornalismo e na “ilustração” artística e literária. Aliás, foi o intenso periodismo acadêmico o traço maior que predominou na tradição do Largo de São Francisco, levando os bacharéis ao desencadeamento de lutas em prol de direitos individuais e liberdades públicas. Como aponta Sergio Adorno, naquele espaço se desenrolaram os conflitos entre “liberalismo e democracia”, as disputas “entre liberais moderados e radicais” e as adesões à causa abolicionista republicana.[28] Destaque há que ser feito também a algumas diretrizes filosófico-culturais que encontrariam guarida no interesse do corpo acadêmico, como o jusnaturalismo, o ecletismo filosófico, o laicismo e, finalmente, o próprio positivismo.[29] Naturalmente que a Escola paulista vivenciou um ecletismo autodidata, porquanto seus integrantes não se limitaram ao estudo exclusivo da cultura jurídica, mas aderiram à prática do periodismo e da militância política. Em função de sua posição estratégica, a Faculdade de Direito tomou-se um dos centros privilegiados da formação dos intelectuais destinados à cooptação pela burocracia estatal. De fato, a própria “localização da escola é também em si um dado digno de destaque. No período que vai de 1870 a 1930, enquanto Pernambuco vivia um período de declínio financeiro e político, São Paulo conhecia, pela primeira vez, o que significava concentrar predomínio econômico e político no mesmo local”.[30]

---

[26] Cf. SALDANHA, Nelson. *A Escola do Recife*. 2. ed. São Paulo: Convívio; Brasília: INL, 1985, p. 101-108; PAIM, Antonio. *A Filosofia da Escola do Recife*. 2. ed. São Paulo: Convívio, 1981, p. 2-3. Ainda sobre a Escola do Recife, consultar: MACHADO NETO, A. L. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969, p. 73-175; CHACON, Vamireh. *Da Escola do Recife ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Organização Simões, 1969; REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 215-222.
[27] SCHWARCZ, Lilia M. Op. cit., p. 150-151.
[28] Cf. ADORNO, Sérgio. Op. cit., p. 92-95.
[29] *Ibidem*, p. 96, 98-100.
[30] SCHWARCZ, Lilia M. Op. cit., p. 174.

Por fim, embora longa, a análise comparativa de Lilia M. Schwarcz sobre as duas escolas de Direito parece lapidar, e merece transcrição:

"Vê-se que, enquanto Recife educou, e se preparou para produzir doutrinadores, 'homens de sciencia' no sentido que a época lhe conferia, São Paulo foi responsável pela formação dos grandes políticos e burocratas de Estado. De Recife partia todo um movimento de autocelebração que exaltava 'a criação de um centro intelectual, produtor de idéias autônomas'; em São Paulo reinava a confiança de um núcleo que reconhecia certas deficiências teóricas, mas destacava seu papel na direção política da nação (...). Acima das divergências intelectuais, que de fato existem, está um certo projeto de inserção, este sim, bastante diverso. De Recife vinha a teoria, os novos modelos - criticados em seus excessos pelos juristas paulistas; de São Paulo partiam as práticas políticas convertidas em leis e medidas. (...) Enquanto na Escola de Recife um modelo claramente determinista dominava, em São Paulo um liberalismo de fachada, cartão de visita para questões de cunho oficial, convivia com um discurso racial, prontamente acionado quando se tratava de defender hierarquias, explicar desigualdades. A teoria racial cumpria o papel, quando utilizada, de deixar claro como para esses juristas falar em democracia não significava discorrer sobre a noção de cidadania. (...) Em Recife, um público mais desvinculado do domínio oligárquico rural passava a dominar as fileiras dessa faculdade, por oposição a uma clientela paulista caracterizada pelo pertencimento a uma elite econômica de ascensão recente. De Recife partiam mais claramente os gritos de descontentamento (respaldados pela clara mudança do eixo político-econômico), enquanto São Paulo passava aos poucos de contestador a defensor e responsável por uma fala oficial. Guardadas as diferenças, o que se pode dizer, no entanto, é que para ambas as faculdades 'o Brasil tinha saída'. Por meio de uma mestiçagem modeladora e uniformizadora, apregoada por Recife. Por meio da ação missionária de um Estado liberal, como tanto desejavam os acadêmicos paulistanos".[31] Depois das Escolas Jurídicas, passa-se, agora, para o segundo fator nuclear que iria contribuir para consolidar a emancipação da cultura jurídica no Brasil, ou seja, o desencadeamento do processo de elaboração de legislação própria no Público e no Privado. Inegavelmente, o primeiro grande documento normativo do período pós-independência foi a Constituição Imperial de 1824, imbuída de idéias e instituições marcadamente liberais, originadas da Revolução Francesa e de doutrinas do constitucionalismo francês, associadas principalmente ao publicista Benjamin Constant. Tratava-se de uma Constituição outorgada que institucionalizou uma monarquia parlamentar,

---

[31] SCHWARCZ, Lilia M. Op. cit., p. 183-184, 186-187.

impregnada por um individualismo econômico e um acentuado centralismo político. Naturalmente, essa Lei Maior afirmava-se idealmente mediante uma fachada liberal que ocultava a escravidão e excluía a maioria da população do país. A contradição entre o formalismo retórico do texto constitucional e a realidade social agrária, não preocupava nem um pouco a elite dominante, que não se cansava de proclamar teoricamente os princípios constitucionais (direito à propriedade, à liberdade, à segurança), ignorando a distância entre o legal e a vida brasileira do século XIX.

Como deixa antever Sérgio Adorno, a Carta Constitucional de 1824 não só consagrava o "compromisso entre a burocracia patrimonial, conservadores e liberais moderados", como igualmente instrumentalizava "fórmulas conciliatórias para ajustar o Estado patrimonial ao modelo liberal de exercício do poder (...)".[32] A comprovação de que o texto assumia teor liberal-conservador, expurgando traços mais radicais e democráticos, e projetando preceituações legais que se transformavam em meras ilusões discursivas, era revelada quando retoricamente se proclamavam e ao mesmo tempo anulavam-se as liberdades, ainda, quando se asseguravam direitos, mas os tomavam "passíveis de serem suspensos; e a igualdade suscitada era freqüentemente remetida à existência de desigualdades naturais entre os indivíduos".[33]

Se a Constituição de 1824 - incluindo as célebres disposições de sua reforma, como o Ato Adicional de 1834 e a Lei de Interpretação de 1840 - inscreveu-se como a principal criação do governo imperial sob o ponto de vista da formulação político-administrativa do Estado, não menos significativo para a implementação das instituições nacionais foi o processo de codificação das leis ordinárias. Assim sendo, o segundo arcabouço legislativo foi o Código Criminal de 1830, advindo das Câmaras do Império e de árdua realização. Tal estatuto era não só redigido segundo a melhor doutrina clássica penal, como também, se afinava com o espírito liberal da época. Representava um avanço, se comparado aos processos cruéis das Ordenações. Ainda que tenha conservado a pena de morte - mais tarde transformada em prisão perpétua - orientava-se, de um lado, pelo princípio da legalidade, ou seja, a proporcionalidade entre o crime e a pena; de outro, pelo princípio da pessoalidade das penas, devendo a aplicação da pena incidir exclusivamente no condenado, não se estendendo aos descendentes.[34]

---

[32] ADORNO, Sérgio. Op. cit., p. 61.
[33] *Ibidem*, p. 63.
[34] Cf. NASCIMENTO, Walter V. do. *Lições de História do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 229-231; MACHADO NETO, A. L. *Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 326-327; LACOMBE,

Ilustrativo, neste sentido, é aludir o pretenso esquecimento e a deliberada omissão dessas primeiras legislações (Constituição de 1824 e Código Criminal de 1830) sobre o direito dos índios e dos negros escravos. Tudo demonstra que a legislação oitocentista, ao ocultar o escravismo colonial, parecia "envergonhada"[35] por não considerar o escravo como pessoa civil sujeita de direitos. O formalismo oficial ocultava uma postura "autoritária e etnocêntrica" do legislador da primeira metade do século XIX, com relação a certos segmentos marginalizados e excluídos da cidadania. Tendo em conta essa realidade, assinala Carlos F. Marés que a análise do Código Criminal "é muito reveladora, porque, por um lado mostra uma omissão em relação aos índios, não considera sequer sua 'orfandade'. Já em relação aos escravos, omitidos totalmente na legislação civil, são tratados na lei criminal. É estranho, mas perfeitamente compreensível dentro do sistema: a lei penal - dedicada integralmente aos marginalizados sociais - não registra referência à mais marginal de todas as populações, os indígenas, porque ou estavam fora da sociedade, não lhes alcançando a ação penal o simples revide guerreiro, ou dentro da sociedade não se diferenciavam dos pobres marginalizados. Em relação aos escravos diz tão-somente que as penas de trabalhos forçados em galés e as de morte serão substituídas pela de açoites, para que o seu dono não sofresse prejuízo, isto é, a direção da norma é a proteção da propriedade do senhor, não a pessoa do apenado.[36]

A reforma liberal do sistema judicial no período posterior à Independência se completa com o Código de Processo Criminal. Elaborado por uma comissão conjunta da Câmara e do Senado, apareceu, logo no ano seguinte, o Código de Processo Criminal que, aprovado em 1832, veio atestar nossa autonomia no âmbito do controle, ao mesmo tempo que reforçava as instituições liberais existentes, como o juiz de paz.[37] Esses juízes de paz eleitos, que tinham atribuições policiais e criminais, possuíam igualmente "poderes para atuar na formação da culpa dos acusados, antes do julgamento, e também de julgar certas infrações menores, dando termos de bem viver aos vadios, mendigos, bêbados por vício, meretrizes escandalosas e baderneiros. Além desses crimes, as demais infrações deveriam ser julgadas pelos juízes criminais. As infrações da alçada dos juízes de paz eram chamadas crimes de polícia."[38] O Código combinava práticas processualistas derivadas do sistema inglês e do

---

Américo J. Op. cit., p. 356-357; BICUDO, Hélio P. *O Direito e a Justiça no Brasil*. São Paulo: Símbolo, 1978, p. 53-54.

[35] Expressão usada por Carlos F. Marés de Souza Filho.

[36] MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos F. "O Direito Envergonhado (O Direito e os índios no Brasil)". *In: Estudos Jurídicos*. Curitiba: PUC, n. 1, 1993, p. 29.

[37] Cf. FLORY, Thomas. El Juez de Paz y el Jurado en el Brasil imperial. México: Fondo de Cultura Económica. 1986, p. 175-176.

[38] LIMA, Roberto Kant de. "Tradição Inquisitorial no Brasil, da Colônia à República: da Devassa ao Inquérito Policial". *Revista Religião e Sociedade*. 16/1-2, 1992, p. 96-113.

francês, o que representava, uma vez mais, a vitória do espírito liberal e a supressão do ritual inquisitório filipino. Os anseios do novo espírito iriam refletir-se não apenas na inovação do **habeas corpus** e na consagração do **sistema de jurado**, mas na própria modificação da hierarquia e da composição judiciária. Com isso, extinguiu-se a estrutura colonial portuguesa, apoiada sobre os ouvidores e os juízes de fora. A magistratura especial da Relação, composta de juízes municipais, juízes de Direito e de desembargadores, passava agora a integrar uma nova organização judiciária, eliminando "os restos formais do sistema legal português".[39] No entanto, durante a sua vigência, o estatuto processual foi alvo de uma reforma de caráter conservador, que introduziu o chefe de polícia nas atribuições da Justiça. No objeto da Reforma de 1841, ficava nítida a substituição das diretrizes judiciais descentralizadas por uma centralização rígida, poderosa e policialesca.[40] Reforçava-se, com isso, o aparato burocrático da dominação patrimonialista ao longo do regime monárquico, em que o exercício da Justiça era sustentado'conservadoramente pelo mais "absoluto policialismo judiciário".[41] A etapa seguinte de evolução jurídica foi o Código Comercial de 1850, que, após ter passado por lento processo de redação parlamentar, acabou configurando-se num modelo normativo para diversas legislações mercantis latino-americanas. Na observação de Américo J. Lacombe, o Código nasceu já envelhecido, "sem conhecer as estradas de ferro nem a navegação a vapor. Apesar de tudo, refletia, quando elaborado, as melhores idéias a respeito do Direito Comercial".[42] Mais do que ter suas fontes de inspiração nos textos romanos, na doutrina italiana e na exegese civil napoleônica, reproduzia a conveniência de relações mercantis e os interesses contratuais e obrigacionais da elite local. As necessidades imediatas, as atividades negociais e o desenvolvimento comercial fizeram com que a principiante burguesia latifundiária priorizasse a regulamentação da vida econômica sobre a vida civil. Tendo em conta que, para a burguesia, a ordenação do comércio e da produção da riqueza era mais imperiosa do que a proteção e a garantia dos direitos civis, nada mais natural do que o Código Comercial preceder em 67 anos o Código Civil.[43] Acompanhando o Estatuto Comercial maior, seguiu-se, no mesmo ano, o Regulamento 737, expedido pela Administração Real e

[39] FLORY, Thomas. Op. cit., p. 175. Sobre o Código de Processo Criminal do Império escreve Roberto Kant de Lima (op. cit., p. 102) que, além dos juízes de paz eleitos, constavam os "juízes municipais e juízes de Direito nomeados e jurados, alistados anualmente por uma junta composta do juiz de paz, do pároco e do presidente da Câmara Municipal, dentre os cidadãos que podiam ser eleitores. Este Código acabou com as devassas, transformou as querelas em queixas, tomando-se a denúncia o meio de ação do Ministério Público. A iniciativa do processo - *ex officio* - era mantida para todos os casos em que era cabível a denúncia".
[40] Cf. LACOMBE, Américo J. Op. cit., p. 257-258.
[41] ADORNO, Sérgio. Op. cit., p. 66, 72-73.
[42] LACOMBE, Américo J. Op. cit., p. 359.
[43] Cf. MACHADO NETO, A. L. Op. cit., p. 1979, p. 327; BICUDO, Hélio P. Op. cit., p. 155-160.

que disciplinava o processo comercial (estendido às causas civis) até o advento da República, ditando as linhas gerais do processo, da execução e dos recursos cabíveis.[44]

As três tentativas de Codificação Civil que atravessaram o Império malograram sem que tivessem obtido sucesso: o avançado esboço de Teixeira de Freitas, publicado em 1860, que exerceu profunda influência na feitura da legislação de outros países, particularmente da Argentina; o projeto do senador Nabuco de Araújo, de 1872; e, finalmente, a proposta de Felício dos Santos, de 1881. Com o advento da República, dois novos projetos: o de Coelho Rodrigues, em 1890, que acabou sendo abandonado, e o de Clóvis Beviláqua, concluído em 1899.[45] Este último, após longa tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado da República, onde recebeu críticas contundentes (principalmente de Rui Barbosa) e modificações consideráveis, acabou sendo sancionado somente em 1916, vigorando a partir de 1917. O primeiro e tão esperado ordenamento civil, substituto das Ordenações Portuguesas, deixa transparecer o espírito que norteava seu redator, Clóvis Beviláqua, integrante da Escola do Recife e com pendores naturais pela recepção do Direito alemão. O Código Civil, em que pesem seus reconhecidos méritos de rigor metodológico, sistematização técnico-formal e avanços sobre a obsoleta legislação portuguesa anterior, era avesso às grandes inovações sociais que já se infiltravam na legislação dos países mais avançados do Ocidente, refletindo a mentalidade patriarcal, individualista e machista de uma sociedade agrária preconceituosa, presa aos interesses dos grandes fazendeiros de café, dos proprietários de terra e de uma gananciosa burguesia mercantil. Num exame mais atento de caráter crítico-ideológico constata-se, corroborando A. L. Machado Neto, que foi inegável a penetração de um “privatismo doméstico sobre a regulamentação da família e da sucessão hereditária”, tratando-se, assim, de acerto legal e conciliador “entre os arrojos individualistas dos intelectuais de classe média - arrojos bafejados pelo apoio da burguesia urbana e mercantil que enxergava no liberalismo econômico a ideologia mais compatível com a expansão de seus interesses - e a ação conservadora dos representantes da burguesia rural e latifundiária (...)”.[46] Em verdade, a Codificação Civil enquanto uma das primeiras grandes realizações da jovem República traduzia, em seus avanços relativos, sem muita ousadia, os intentos de uma classe média consciente e receptiva aos ideais liberais, mas igualmente comprometida com o poder oligárquico familiar. Essa nota predominante da legislação pátria é assim compreendida, porquanto seus idealizadores tinham a clara percepção de que ofereciam à Nação um quadro

---

[44] Cf. NASCIMENTO, Walter V. do. Op. cit., p. 234.
[45] Cf. BICUDO, Hélio P. Op. cit., p. 137-140; MACHADO NETO, A. L., 1979. Op. cit., p. 327-328; LACOMBE, Américo J. Op. cit., p. 359-360;
[46] MACHADO NETO, A. L. Op. cit., 1979, p. 328.

normativo de “direito privado compatível com as aspirações de uma sociedade interessada em afirmar as excelências do regime capitalista de produção, propósito que encontrava obstáculos na estrutura agrária dominante e não recebia títulos de uma organização industrial a que se somassem o ímpeto libertário da burguesia mercantil”.[47] Cumpre examinar, agora, sob o reflexo do legado cultural luso-patrimonialista, o cenário institucional forjado sob o influxo da matriz liberal, de onde emergem os principais operadores jurídicos, transformados em elite burocrática do poder, legitimados para o exercício de construção da identidade nacional.

3.3. Magistrados e Judiciário no tempo do Império

Trata-se dos segmentos sociais e dos mecanismos funcionais que compuseram a máquina de administração da justiça,[48] ungidos para interpretar e aplicar a legalidade estatal, garantir a segurança do sistema e resolver os conflitos de interesses das elites dominantes. Constata-se, pois, o procedimento profissional e político dos magistrados enquanto atores privilegiados da elite imperial, sua relação com o poder político, com a sociedade civil e sua contribuição na formação das instituições nacionais. Para isso, é necessário descrever, primeiramente, que a Independência do país não encontrou adesão integral na antiga magistratura, pois enquanto alguns apoiaram a ruptura, muitos outros permaneceram fiéis à monarquia lusitana.[49] Segundo Thomas Flory, não é fácil demarcar o número de juízes que, por lealdade, abandonaram o país e regressaram a Portugal, bem como os que, por conveniência, comprometeram-se com as novas condições políticas que se implantaram.

Ademais, determinados fatores contribuíram para dar singularidade à postura da magistratura no período que se sucede à Independência: o corporativismo elitista, a burocracia como poder de construção nacional e a corrupção como prática oficializada.

Na análise que faz do legado judicial engendrado a partir de 1822, Thomas Flory assinala, já naquela época, existência muito forte do exc1usivismo educacional e do espírito corporativista na magistratura. Esses profissionais formados na erudição e no tradicionalismo da

---

[47] BICUDO, Hélio P. Op. cit., p. 142.

[48] Para relembrar o cenário institucional anterior à Independência, a lição de José Murilo de Carvalho: “Por ocasião da chegada da Corte, a estrutura judicial da Colônia compunha-se da Relação.da Bahia, que abrangia (...): os ouvidores-gerais provinciais; os juízes de fora e os ouvidores de comarcas. Em nível municipal havia os juízes ordinários eleitos. À exceção dos últimos, todos os outros eram letrados, isto é, formados em Coimbra, e membros da magistratura portuguesa. (...). Alguns juízes de fora e ouvidores que serviram no Brasil foram promovidos a desembargadores sem terem antes passado por período intermediário em Portugal ou em outra colônia. Mas isso não era a regra. (...). D. João criou no Brasil os equivalentes da Casa da Suplicação e do Desembargo do Paço”. *In: A Construção da Ordem. A elite política imperial.* Rio de Janeiro: Campus, 1980, p. 136-137.

[49] Cf. FLORY, Thomas. El Juez de Paz y el Jurado en el Brasil Imperial. México: Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 63-65.

Universidade de Coimbra assumiram, no cotidiano da Colônia, procedimento pautado na superioridade e na prepotência magisterial.[50] O exc1usivismo intelectual gerado em princípios e valores alienígenos, que os transformava em elite privilegiada e distante da população, revelava que tais agentes, mais do que fazer justiça, eram preparados e treinados para servir aos interesses da administração colonial. A arrogância profissional, o isolamento elitista e a própria acumulação de trabalho desses magistrados, aliados a uma lenta administração da justiça, pesada e comprometida colonialmente, motivaram as forças liberais para desencadear a luta por reformas institucionais, sobretudo para alguns, no âmbito do sistema de justiça. Daí resultariam o processo de constitucionalização (Carta Imperial de 1824), a criação das faculdades de Direito (1827) e o primeiro código nacional de controle social (Código Penal de 1830).

Nas décadas posteriores à Independência, em função do tipo de educação superior, dos valores e das idéias que incorporava, a camada profissional dos juízes se constituiria num dos setores essenciais da unidade e num dos pilares para construção da organização política nacional. O que distingue a magistratura de todas as outras ocupações é o fato de que ela representava e desenvolvia formas de ação rígidas, hierarquizadas e disciplinadas que melhor revelavam o padrão que favorecia práticas burocráticas para o exercício do poder público e para o fortalecimento do Estado. No dizer de José Murilo de Carvalho, dos segmentos principais como Judiciário, Clero e Militares, que teriam papel importante na formação das instituições brasileiras na primeira metade do século XIX, a "espinha dorsal do governo" foi, indiscutivelmente, a magistratura.[51] De todos os setores burocráticos herdados de Portugal é o que dispunha de melhor organização profissional com estrutura e coesão internas superiores a todos os outros segmentos, o que a legitimava como força para a negociação. Tratava-se de uma camada privilegiada "treinada nas tradições do mercantilismo e absolutismo portugueses", unida ideologicamente por valores, crenças e práticas que em nada se identificava à cultura da população do país. Entretanto, por sua educação e orientação os magistrados estavam preparados para exercer papel de relevância nas tarefas de governo. Daí que, marcados por um sentido mais ou menos político, sua homogeneidade social e ocupação projetava-os não só como os primeiros funcionários modernos do Estado nascente, mas sobretudo como os principais agentes de articulação da unidade e da consolidação nacional.[52] Temos, assim, a montagem de uma estrutura em que, no dizer de José M. de Carvalho, "pareceu pacífico supor que o emprego público seria a ocupação que mais favorecia uma

---

[50] Cf. FLORY, Thomas. Op. cit., p. 67-68.
[51] Cf. CARVALHO, José Murilo de. Op. cit., p. 133.
[52] Cf. CARVALHO, José Murilo de. Op. cit., p. 112, 115 e 178.

orientação estatista e que melhor treinava para as tarefas de construção do Estado na fase inicial de acumulação do poder. A suposição era particularmente válida em se tratando dos magistrados que apresentavam a mais perfeita combinação de elementos intelectuais, ideológicos e práticos favoráveis ao estatismo. Na verdade, foram os mais completos construtores do Estado no Império, especialmente os da geração coimbrã. Além das características de educação (...), eles tinham a experiência da aplicação cotidiana da lei e sua carreira lhes fornecia elementos adicionais de treinamento para o exercício do poder público".[53]

O quadro dessa elite de servidores letrados, autênticos representantes do estamento burocrático estatal, com papel decisivo na organização e na unidade das instituições nacionais, somente se completa quando se leva em consideração o comportamento desses atores, suas relações e práticas com a sociedade civil. Nesse aspecto, há que se registrar o aparecimento de práticas revestidas de nepotismo, impunidade e corrupção em diversos segmentos da magistratura luso-brasileira ao longo do Império. Essa tradição, condenada por muitos, acentuou-se em razão das amplas garantias, vantagens e honrarias que os juízes desfrutavam e que se manteve com suas vinculações políticas, compromissos partidários e subserviências ao poder, principalmente na esfera da administração local.[54] Na prática, o poder judicial estava identificado com o poder político, embora, institucionalmente, suas funções fossem distintas. O governo central utilizava-se dos mecanismos de nomeação e remoção de juízes para administrar seus interesses, fazendo com que a justiça fosse partidária, e o cargo, utilizado para futuros processos eleitorais (fraudes e desvios) ou mesmo para recompensar amigos e políticos aliados.[55] Assim, o juiz deixava de apreciar conflitos de sua competência (impessoalidade, neutralidade) para entrar numa prática "antijudiciária", em que só contava o atendimento ao partido aliado e aos chefes no interior. Daí a duplicidade da conduta do juiz, ora submetido às exigências da legalidade partidária (aliado ou adversário das facções locais), ora impelido aos deveres funcionais do cargo como aplicador da lei.[56] Naturalmente que tal prática simultânea do exercício de funções administrativas e judiciais engendrava, no dizer de Andrei Koerner, tensões permanentes que reproduziam uma certa "limitação dos magistrados no exercício partidário dos seus poderes e também uma fonte de pressão no sentido da separação entre as atividades judiciária e

---

[53] CARVALHO, José Murilo de. Op. cit., p. 76.
[54] Cf. LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1978, p. 197.
[55] Cf. KOERNER, Andrei. *O Poder Judiciário na Constituição da República*. São Paulo: Dissertação de Mestrado em Ciência Política - USP, 1992, p. 39. Igualmente, consultar: FLORY, Thomas. Op. cit., p. 285-286.
[56] KOERNER, Andrei. Op. cit., p. 41-42; FLORY, Thomas. Op. cit., p. 285-286.

política".[57] Parece claro, por conseguinte, que, se de um lado a magistratura constituía-se no modelo privilegiado de ingresso na elite política imperial, de outro, os juízes "eram controlados pelos poderes de remoção, promoção, suspensão e aposentadoria do governo central".[58]

Certamente que esta situação que os agentes da justiça vivenciavam refletiu uma cultura marcada pela ética colonial-patrimonialista, em que a impunidade, como escreve Antonio F. Zancanaro, estava "intimamente associada ao modelo jurídico que prevaleceu no Estado luso. (...). Os vícios crônicos do Reino foram transplantados para a Colônia como estruturas éticas gravadas nas consciências dos servidores públicos e dos emigrados, acrescidas, posteriormente, de antivalores desenvolvidos a partir da realidade colonial".[59] Assim, implantou-se uma espécie de administração calcada nos critérios de pessoalidade, "amizade, parentesco, retribuição, privilégio e em disposições legais carentes de objetividade", sendo que "a ordem pública que se instituiu veio marcada pelo acaso e pelo arbítrio do Rei e de seus prepostos".[60]

Deve-se em muito às forças liberais, já a partir da segunda metade do século XIX, a luta por reformas que viabilizassem maior garantia aos magistrados para exercer a função jurisdicional e aplicar a lei com autonomia frente ao poder político. Em termos de peso e de eficácia, as grandes mudanças que atingiram a magistratura e a organização judiciária como um todo foram trazidas pelo descentralizador Código de Processo Criminal de 1832 (por força dos liberais), pela reforma desta mesma legislação em dezembro de 1841 (por influência dos conservadores) e, por fim, pela mais significativa de todas as alterações realizadas no sistema jurisdicional do Império: a Reforma de 1871.[61]

---

[57] KOERNER, Andrei. Op. cit., p. 42.
[58] *Ibidem.*
[59] ZANCANARO, Antonio Frederico. *A Corrupção Político-Administrativa no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 146-147.
[60] *Ibidem.*
[61] Sob o ponto de vista institucional, uma sucinta e genérica descrição da organização judicial oitocentista é feita por José Murilo de Carvalho (op. cit., p. 136): "Após 1841 definiu-se o sistema judiciário que duraria, com pequenas modificações, até o final do Império. Permaneceu o juiz de paz eleito, mas com atribuições muito reduzidas. A magistratura togada abrangia desde os juízes municipais até os ministros do Supremo Tribunal de Justiça. Os juízes municipais e de órfãos eram nomeados entre bacharéis com um mínimo de um ano de prática forense para períodos de quatro anos. Podiam então ser promovidos a juiz de direito, ou ser nomeados para outro quadriênio, ou mesmo abandonar a carreira, pois não tinham estabilidade. Já os juízes de direito possuíam estabilidade e só perdiam o cargo por processo legal, embora pudessem ser removidos de um lugar para outro.
A seguir, vinham os desembargadores, que no final do Império eram onze, e que operavam nas capitais provinciais. O degrau mais alto da carreira era o Superior Tribunal de Justiça no Rio de Janeiro, cujos membros tinham honras de ministro.
Ao todo havia, em 1889, 1.576 promotores e juízes distribuídos pela Corte e pelas 20 províncias do Império.
Outros membros da magistratura incluíam os juízes substitutos, criados em 1871, e os promotores que serviam nas comarcas e em geral não eram juízes de direito.

Por sinal, certo está Andrei Koemer ao apontar que a Reforma Judiciária de 1871, nascida de propostas advindas do programa liberal com o aval- na sua execução - dos conservadores, nada mais foi do que a tênue estratégia legal de transição do escravismo para a produção laboral livre, ou seja, efetivou-se em razão do estágio de desenvolvimento das forças econômicas e sociais, "que exigiam uma crescente profissionalização dos magistrados, e de transição para o trabalho livre, no qual os fazendeiros defendiam leis que obrigassem ao trabalho, ao aumento do controle policial sobre os homens livres e pobres, aos libertos e aos imigrantes".[62]

Entretanto, autores como Thomas Flory entendem que as modificações realmente importantes, pelo teor inovador, surgem por pressão da filosofia liberal na criação dos juízes de paz em 1827, e no estabelecimento do sistema participativo de jurado, introduzido pela Carta Imperial de 1824 e consagrado pelo Código de Processo Criminal de 1832.[63]

De fato, no período que sucede à Independência do país, a junção de forças liberais com grupos de aliados nativos determinou alguns avanços político-jurídicos, como o sistema de júri popular e o de juízes locais eleitos, aptos para a conciliação prévia de causas cíveis em geral. Ainda que os juízes de paz não fossem juízes pagos e exercessem funções de menor importância, tratava-se de alteração importante na organização de um judiciário reconhecidamente exclusivista e centralizador. Em seu clássico estudo sobre o Juiz de Paz durante o Império, Thomas Flory escreve que "os reformadores liberais fizeram do Juiz de Paz o porta-estandarte de suas próprias preocupações filosóficas e práticas: formas democráticas, localismo, autonomia e descentralização. Por outro lado, (...) os conservadores viram no magistrado local (...) uma ameaça ao controle social no vasto Império. (...) A nova instituição estava desenhada idealmente para funcionar dentro de uma estrutura legal liberal compatível; porém, de fato, o Juiz de Paz começou a sua existência isoladamente, sem o benefício de nenhuma legislação que o apoiasse. (...) O Juiz de Paz encontrou-se, desde o início, à deriva da estrutura incompleta e hostil de uma judicatura colonial sem mudanças".[64] Ademais, como reconhece ainda Thomas Flory, a relevância da figura do Juiz de Paz estava muito mais no que representava em termos de independência distrital, do que propriamente como potencial de melhoramento do sistema legal.[65] Depois de 1832, os poderes do Juiz de

A última grande reforma judiciária do Império foi em 1871 e seu principal objetivo foi separar as funções policiais e judiciárias misturadas em 1841 nas atribuições dos delegados e subdelegados de polícia. Quanto à carreira judiciária propriamente dita, a reforma levou adiante o esforço, que já há algum tempo vinha sendo tentado, de profissionalizar mais os magistrados, aumentando as restrições ao exercício de cargos políticos". Observar, ainda: LEAL, Victor Nunes. Op. cit., p. 188-193.

[62] KOERNER, Andrei. Op. cit., p. 89.

[63] Cf. FLORY, Thomas. Op. cit., p. 81 e 180-181.

[64] FLORY, Thomas. Op. cit., p. 81-82.

[65] Cf. FLORY, Thomas. Op. cit., p. 84.

Paz foram estendidos à jurisdição penal, adquirindo um perfil mais coercitivo e de controle. Contudo, se a Reforma de 1841 limitou e reduziu em muito as funções do Juiz de Paz, a Reforma Judiciária de 1871 alargou-as novamente, atribuindo à sua esfera o chamado processo sumaríssimo, menos formal e mais simplificado.[66]

Além dessa experiência renovadora de "magistratura popular" escolhida pela participação da comunidade, merece atenção, igualmente, a instituição do Tribunal do Júri,[67] que representou as aspirações de autonomia judicial e localismo, em maior grau do que as decisões do Juiz de Paz. Essa instância avançada é também exaltada por Thomas Flory, para quem o instituto "ameaça diretamente a magistratura profissional e põe à prova suposições básicas sobre a sociedade brasileira. (...) A criação do sistema de jurado assemelhou-se ao do Julgado de Paz, em que se ampliou o espaço entre a magistratura profissional e os liberais. Tal como o magistrado local, o Tribunal do Júri constituiu um ataque frontal à elite judicial".[68]

Em suma, um ponto que parece importante constatar ao longo da sociedade monárquica é a ascensão em nível nacional de outros grupos profissionais, diversificados e dinâmicos. Certamente a plural idade e a passagem de novos atores gerou maior representação das classes sociais, comprovando o paulatino afastamento dos "burocratas do seio da elite e a entrada de profissionais liberais".[69] Essa realidade, com suas mudanças, é apanhada com precisão por José Murilo de Carvalho, para quem os dois grupos mais ilustrativos para amostragem foram os magistrados e os advogados. Estes incorporaram o efetivo deslocamento, a partir da metade do século XIX, daquela situação que era um "domínio de funcionários públicos no início para um domínio de profissionais liberais no final (...).[70] Em linhas gerais, numa possível distinção entre ambos, escreve José Murilo de Carvalho, os magistrados foram formados em grande parte em Coimbra, enquanto os advogados, quase todos, educados no Brasil. Além disso, a relação do bacharel com o poder público era completamente distinta daquela assumida pelos juízes, que, como funcionários públicos,

---

[66] Vide: KOERNER, Andrei. Op. cit., p. 92; CARVALHO, José Murilo de. Op. cit., p. 136; LEAL, Victor Nunes. Op. cit., p. 193.

[67] Especificamente sobre a montagem técnica do sistema de jurado, comenta Andrei Koemer (op. cit., p. 65): "Os juízes de Direito presidiam o Tribunal do Júri, o qual foi, até o final do Império, o tribunal comum para o julgamento da maior parte dos crimes. A reforma de 1841 criou restrições para a escolha dos jurados, como o requisito da alfabetização, e estabeleceu diferenças na renda mínima para a sua qualificação de acordo com a sua origem, de modo que as rendas provenientes de atividades industriais e comerciais teriam que ser o dobro daquelas derivadas de empregos públicos ou da propriedade de terras. Ao mesmo tempo, a qualificação dos jurados deixou de ser atribuição dos juízes de paz, passando aos delegados de polícia, com recurso para uma junta de revisão, composta pelo juiz de direito, promotor público e o presidente do conselho municipal. O juiz de direito, presidente do tribunal do júri, podia apelar à Relação de decisões do júri 'contrárias às evidências'".

[68] FLORY, Thomas. Op. cit., p. 181-183.

[69] CARVALHO, José Murilo de. Op. cit., p. 176.

[70] CARVALHO, José Murilo de. Op. cit., p. 79.

tinham a missão de aplicar o preceito legal e garantir os intentos da ordem oficial. De todas as ocupações liberais, o advogado passou a representar os interesses individuais ou coletivos, tomando-se o "porta-voz" tanto "de oposições quanto do poder público. Seu papel se tomaria mais importante em relação à construção do Estado em uma fase posterior quando a participação se tomasse um problema mais básico do que a concentração de poder".[71] Em síntese, foi no cenário instituído por uma cultura marcada pelo individualismo político e pelo formalismo legalista que se projetou a singularidade de uma magistratura incumbida de edificar os quadros político-burocráticos do Império.

3.4. O perfil ideológico dos atores jurídicos: o bacharelismo liberal

No cenário instituído por uma cultura marcada pelo individualismo político e pelo formalismo legalista, projeta-se a singularidade de um agente profissional incumbido de compor os quadros político-burocráticos do Império e de grande parte da República. Com a criação dos primeiros cursos jurídicos, o aparecimento do bacharel em Direito acabou impondo-se como uma constante na vida política brasileira. Tratava-se não só da composição de cargos a serviço de uma administração estatal em expansão, mas, sobretudo, representava um ideal de vida com reais possibilidades de segurança profissional e ascensão a um status social superior. Isso se revestia de demasiado significado numa sociedade escravocrata em que o trabalho manual era desprezado em função de letrados urbanos que se iam ajustando e ocupando as crescentes e múltiplas atividades públicas.[72]

No que se refere à solidificação do imaginário legal oficial, não estão muito distantes, em termos de equivalência funcional, o magistrado português do período colonial que servia aos interesses da Metrópole e o bacharel-jurista dos séculos XIX e XX que expressava, com sua presença, o resguardo dos intentos locais das elites agrárias. Vale destacar que, na prática, o sucesso do bacharelismo legalista devia-se não tanto ao fato de ser uma profissão, porém, muito mais uma carreira política, com amplas alternativas no exercício público liberal, pré-condição para a montagem coesa e disciplinada de uma burocracia de funcionários.[73] É preciso reconhecer que o bacharelismo, não obstante originar-se de camadas sociais com interesses heterogêneos, pois expressava intentos agrários e urbanos, favorecia, igualmente, uma formação liberal-conservadora que primava pela autonomia da ação

[71] CARVALHO, José Murilo de. Op. cit., p. 78.
[72] Cf. VENÂNCIO FILHO, Alberto. Op. cit., p. 276.
[73] Cf. VENÂNCIO FILHO, Alberto. Op. cit., p. 273-286.

individual sobre a ação coletiva. Não menos verdade, o bacharelismo nascido de uma estrutura agrário-escravista se havia projetado como o melhor corpo profissional preparado para sustentar setores da administração política, do Judiciário e Legislativo, viabilizando as alianças entre segmentos diversos e a mediação “entre interesses privados e interesses públicos, entre o estamento patrimonial e os grupos sociais locais”.[74]

Ao que parece, a iniciação nas academias jurídicas permitia uma identidade cultural apta ao exercício da advocacia, da literatura, do periodismo e da militância política. Para além do envolvimento com a política nacional, foi o periodismo universitário a ação prática que mais absorveu e se incorporou à formação intelectual do acadêmico das leis.

Além disso, há que se fazer menção ao perfil dos bacharéis de Direito mediante alguns traços particulares e inconfundíveis. Ninguém melhor do que eles para usar e abusar do uso incontinente do palavreado pomposo, sofisticado e ritualístico. Não se pode deixar de chamar a atenção para o divórcio entre os reclamos mais imediatos das camadas populares do campo e das cidades e o proselitismo acrítico dos profissionais da lei que, valendo-se de um intelectualismo alienígeno, inspirado em princípios advindos da cultura inglesa, francesa ou alemã, ocultavam, sob o manto da neutralidade e da moderação política, a institucionalidade de um espaço marcado por privilégios econômicos e profundas desigualdades sociais. Na verdade, o perfil do bacharel juridicista se constrói numa tradição pontilhada pela adesão ao conhecimento ornamental e ao cultivo da erudição lingüística.[75] Essa postura, treinada no mais acabado formalismo retórico, soube reproduzir a primazia da segurança, da ordem e das liberdades individuais sobre qualquer outro princípio.

A compreensão desses profissionais da lei e sua inserção no processo histórico-social possibilita descortinar a singularidade das relações reais entre o fenômeno jurídico e a formação social brasileira na virada do século XIX para o XX. Não resta dúvida de que, na construção da ordem burguesa nacional, tais implicações definem um imaginário jurídico complexo, desdobrado em duas atuações ideológicas muito claras e distintas: a personalidade do “bacharel *strictu sensu*” e a notoriedade “respeitável” do jurista.[76] Certamente que esses operadores jurídicos tiveram, cada qual, uma função expressiva no processo de ideologização do saber hegemônico instituído.

Em suas memórias, Afonso Arinos descreve que a herança luso-coimbrã favoreceu o desenvolvimento de uma intelectualidade jurídica constituída por juristas e

---

[74] ADORNO, Sérgio. Op. cit., p. 78, 239.
[75] ADORNO, Sérgio. Op. cit., p. 158-159.
[76] Cf. NEDER, Gizlene. Op. cit., p. 146-147. Para uma discussão mais completa, verificar: ____. *Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil.* Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1995, p. 99-130.

bacharéis. O “juridicismo” estaria associado a posturas teóricas, à abstração filosófica e científica, à inadequação com a política militante e a maior capacidade indutiva, apta a extrair e criar o Direito a partir da dinâmica social, “sempre aberta às mudanças, às inovações da realidade vital, seja na direção evolutiva (como Tobias), seja na orientação reacionária (como Campos)”.[77] Já o “bacharelismo”, por natureza, expressaria um pendor para questões não especulativas, mais afeito à mecânica exegética, estilística e interpretativa, resultando no apego às “fórmulas consagradas, à imutabilidade das estruturas”,[78] aos padrões prefixados e aos valores identificados com a conservação.

Os princípios liberais conferiram legitimidade à idealização de mundo transposta no discurso e no comportamento desses bacharéis. De fato, ainda que não tenha sido o único, foi, no entanto, o liberalismo, em diferentes matizes, a grande bandeira ideológica ensinada e defendida no interior das academias jurídicas. No bojo das instituições, amarrava-se, com muita lógica, o ideário de uma camada profissional comprometida com o projeto burguês-individualista, projeto assentado na liberdade, na segurança e na propriedade. Com efeito, a harmonização do bacharelismo com o liberalismo reforçava o interesse pela supremacia da ordem legal constituída (Estado de Direito) e pela defesa dos direitos individuais dos sujeitos habilitados à cidadania sem prejuízo do Direito à propriedade privada.[79] O bacharel assimilou e viveu um discurso sócio-político que gravitava em torno de projeções liberais desvinculadas de práticas democráticas e solidárias. Privilegiaram-se o fraseado, os procedimentos e a representação de interesses em detrimento da efetividade social, da participação e da experiência concreta. Concomitantemente, o caráter não-democrático das instituições brasileiras inviabilizava, também, a existência de um liberalismo autenticamente popular nos operadores do Direito.

Vale dizer que, na construção de sua identidade, os atores jurídicos buscaram conciliar uma certa práxis cujos limites, nem sempre muito claros, conjugavam idéias liberais e conservadoras.[80] Disso resulta que o ideário do bacharelismo liberal, que iria conformar as práticas políticas da virada do século XIX para o XX, não determinou, como assinala Sérgio Adorno, a despatrimonialização do Estado Brasileiro. Com efeito, a especificidade do processo demonstra que a consagração do liberalismo como a principal ideologia do Estado burguês nacional não chega a destruir, como poderia acontecer, o legado societário de cunho burocrático-patrimonial.[81]

---

[77] FRANCO, Afonso Arinos de Melo, *apud* VENÂNCIO FILHO, Alberto. Op. cit., p.291-292.
[78] FRANCO, Afonso Arinos de Meio, *apud* VENÂNCIO FILHO, Alberto. Op. cit., p.292.
[79] Cf. ADORNO, Sérgio. Op. cit., p. 171.
[80] Cf. ADORNO, Sérgio. Op. cit., p. 178.
[81] ADORNO, Sérgio. Op. cit., p. 245.

Aliás, a evolução dessa particularidade no contexto de nossas instituições político-jurídicas permite compreender como a visão liberal dos operadores jurídicos adquiriu roupagem nitidamente conservadora. Seja como for, a trajetória conduziu igualmente a um estranho e conveniente ecletismo: à tradição de um patrimonialismo sócio-político autoritário (de inspiração lusitana) com uma cultura jurídica liberal-burguesa (de matiz francês, inglês e norte-americano).

Ora, o influxo do liberalismo não deve ser apenas contemplado na formação, no comportamento e na visão de mundo dos bacharéis jurídicos, uma vez que as premissas liberais incidiram na formalização técnica das normas positivas, na aplicação dos textos legais e no exercício da atividade judicial. Neste aspecto, o recorte mais ilustrativo foi Rui Barbosa, que, corretamente, sintetizou o "bacharelismo liberal" na cultura jurídica brasileira até a primeira metade deste século.

Certamente, ninguém melhor do que o Águia de Haia para configurar o protótipo do advogado identificado com uma cultura jurídica tradicional, individualizante e formalista. Por toda uma geração, Rui Barbosa encamou, quer para as elites, quer para a sociedade em geral, o advogado erudito que soube, com veemência, viver o idealismo político e o vernaculismo jornalístico. Seu juridicismo liberal - constituído por extremados dotes verbalísticos, sólidas leituras literárias e históricas, exagerados e grandiloqüentes apelos retóricos - só veio reforçar a convicção de que Rui foi um intelectual integrado que expressou muito bem as necessidades e as contradições de sua época, não deixando de estar sintonizado com as aspirações e interesses das camadas sociais dominantes.[82] Foi a legítima materialização de um certo padrão clássico de bacharel que, ao fechar-se no proselitismo das letras, no culturalismo ornamental e na fidelidade rigorosa a um legalismo constitucionalista, acabou incidindo no que Oliveira Vianna designou de "marginalismo" jurídico. Ou seja: em que pese todo seu cosmopolitismo de leituras estrangeiras, revelou pouco interesse pela "brasilianidade". Naturalmente, excluindo a bibliografia de caráter jurídico "(...) e parlamentar, o Brasil lhe interessava pouco como povo - isto é, como civilização, como psicologia coletiva, como estrutura. Em boa verdade, nunca o estudou".[83]

Rui, em seu tempo, e os bacharéis da legalidade, ao longo da história institucional brasileira, compuseram um imaginário social distanciado tanto do Direito vivo e comunitário

---

[82] Sobre o bacharelismo liberal representado por Rui Barbosa, consultar a análise mais pormenorizada de: SALDANHA, Nelson. "Rui Barbosa e o Bacharelismo Liberal". Op. cit., 1979, v. 1, p. 163-165 e 168-173. Para a releitura do projeto e da ação política de Rui Barbosa, ver: ROCHA, Leonel S. *A Democracia em Rui Barbosa - O Projeto Político Liberal-Racional*. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1995.

[83] OLIVEIRA VIANNA, F. J. Instituições Políticas Brasileiras. Rio de Janeiro: Record, 1974, v. 2, p. 34-37; NEDER, Gizlene. Op. cit., p. 153.

quanto das mudanças efetivas da sociedade. Trata-se aqui do imaginário afastado de uma legalidade produzida pela população, no bojo de um processo sintonizado com necessidades reais, reivindicações, lutas, conflitos e conquistas.[84] A retrospectiva comprova que, até hoje, tais agentes se revelaram não só hábeis servidores do ritualizado Direito estatal, afeito mais diretamente aos intentos dos donos do poder e dos grandes proprietários, como sobretudo talentosos reprodutores de uma legalidade estreita, fechada e artificial. Esses procedimentos definem uma atuação em grande parte conservadora, própria para justificar a exclusão de significativos setores da sociedade e a manutenção da ordem vigente.

Percebe-se, assim, uma tradição advocatícia desvinculada de atitudes mais comprometidas com a vida cotidiana e com uma sociedade em constante transformação. A postura técnica e casuística fecha-se frente ao dinamismo dos fatos e resiste a um direcionamento criativo, não conseguindo mais responder a novas e emergentes necessidades.[85]

Mas, se a tradição do bacharelismo juridicista no Brasil foi, predominantemente, um espaço de manutenção e defesa de uma legalidade dissociada da sociedade concreta e das grandes massas populares, nada impede de se redefinir, contemporaneamente, o papel do advogado enquanto profissional e cidadão. Há de se repensar o exercício da prática jurídica, tendo em conta uma nova lógica ético-racional, capaz de encarar a produção dos direitos como inerentes ao processo histórico-social, um Direito que transpõe os limites do Estado, encontrando-se na práxis social, nas lutas cotidianas, nas coletividades emergentes, nos movimentos sociais etc.

---

[84] Ver, nesse sentido: AGUIAR, Roberto A. R. "O Imaginário dos Juristas". *In: Revista de Direito Alternativo.* São Paulo: Acadêmica, n. 2, 1993, p. 18-27.
[85] Observar, igualmente: AGUIAR, Roberto A. R. de. Op. cit., 1991, p. 91-100.

Capítulo IV

HORIZONTES IDEOLÓGICOS DA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA

Nas etapas anteriores, foram demonstrados os traços do moderno Direito Ocidental, bem como sua transposição e adequação para a estrutura periférica brasileira. No percurso de um longo processo de colonização portuguesa consolidou-se a singularidade de uma cultura jurídica que reproduziu historicamente as condições contraditórias da retórica formalista liberal e do conservadorismo de práticas burocrático-patrimonialistas. A dinâmica dessa junção resultou nos horizontes ideológicos de uma tradição legal - quer seja em suas idéias, quer em suas instituições - marcada por um perfil liberal-conservador. Sublinhando essa perspectiva, importa situá-la, teoricamente, em três momentos da cultura jurídica nacional, configurados no desenvolvimento institucional do “Direito Público”, no espaço positivado das “instituições privadas” e no cenário das “idéias jusfilosóficas”.

4.1. Trajetória sócio-política do Direito Público

A dinâmica histórica do Direito Público nacional tem sua formação autônoma a partir dos parâmetros institucionais consolidados com a Independência do país. Alguns fatores mais imediatos podem ser reconhecidos como causas impulsionadoras da doutrina política do Direito Público emergente desse processo. Dentre elas, a influência das Revoluções Francesa e Norte-Americana, movimentos do século XVIII que propuseram declarações de filosofias liberais e individualistas; a vinda da Fanulia Real e a instalação da Corte no Brasil, em face da ameaça e da invasão napoleônica, abrindo novas direções para a emancipação política e para o esboço originário de uma consciência nacional;e, finalmente, a eclosão de um exacerbado nacionalismo aliado à aspiração ardente de independência dos povos latino-americanos.

As idéias e os interesses que, politicamente, dominavam no início do século XIX os países latino-americanos, fortalecidos pelas guerras de independência, iriam oferecer um campo propício para o surgimento, no âmbito do Direito Público, de uma doutrina político-jurídica específica, que demarcava a necessária limitação do poder absolutista das metrópoles européias e sintetizava a luta lenta, tenaz e histórica do povo periférico, explorado e dominado, em prol de sua liberdade, emancipação, participação e busca de seus direitos de cidadania.

Tratava-se, na verdade, dos horizontes ideológicos do chamado Constitucionalismo, que em seu sentido clássico representava a concepção técnico-formal do

liberalismo político na esfera do Direito. Esta noção, de origem burguesa e que se universalizava em diferentes experiências históricas, privilegiava a contenção das atividades dos órgãos estatais nos limites de um Estado de Direito. Naturalmente, o perfil ideológico do Constitucionalismo, enquanto sustentáculo teórico do Direito Público do período pós-independência, traduziu não só o jogo dos valores institucionais dominantes e as diversificações de um momento singular da organização político-social, como expressou a junção notória de algumas diretrizes, como o liberalismo econômico sem a intervenção do Estado, o dogma da livre iniciativa, a limitação do poder centralizador do governante e a supremacia dos direitos individuais.[1]

Como se deixou antever no terceiro capítulo, toda a estrutura sócio-econômica da sociedade brasileira, ao longo do Império, amparou-se na "monocultura latifundiária" e na "técnica do trabalho escravo".[2] Isso iria refletir-se na construção inicial da ordem político-jurídica do país. Nos marcos delineadores do Direito Público, seus pressupostos liberal-conservadores são claramente reproduzidos nos primeiros textos constitucionais pátrios. Um exame mais atento da Constituição Monárquica de 1824, outorgada pelo próprio Imperador, pennite assinalar que ela representava não só os intentos do absolutismo real, como, basicamente, "... os interesses dos grandes proprietários de terras, dos senhores de engenho e dos latifundiários, que receberam o novo Direito como uma dádiva, sem qualquer sacrifício de sua parte para conquistá-lo".[3]

Constata-se a especificidade desse ordenamento constitucional que, em relação aos demais países latino-americanos, foi o primeiro a ser fixado e sistematizado por um regime monárquico. Seus fundamentos, ainda que repousassem fortemente no Constitucionalismo francês (Constituição de 1814) não estavam imunes ao liberalismo inglês, no que aglutinava preceitos que consolidavam uma estrutura de Estado parlamentar, com um Poder Moderador atribuído ao Imperador, bem como um governo monárquico hereditário, constitucionalmente representativo. Sedimentava a forma unitária e centralizada de Estado, dividindo o país em entidades administrativas denominadas de províncias. A divisão clássica dos poderes também se articulava no funcionamento do Executivo, presidido pelo Imperador e exercido por um Conselho de Ministros. O Legislativo modelava um bicameralismo sustentado por Câmara temporária e Senado vitalício. Os direitos políticos eram atribuídos

---

[1] O delineamento da seqüência deste quadro é embasado em reflexões levantadas e já contidas em: WOLKMER, Antonio C. *Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989, p. 28-35.
[2] PINTO FERREIRA, Luís. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 108.
[3] LUCAS, Fábio. *Conteúdo Social nas Constituições Brasileiras*. Belo Horizonte: Faculdade de Ciências Econômicas da UFMG, 1959, p. 54.

com primazia aos grupos hegemônicos que detinham certo nível de renda. Conseqüentemente, desvinculava-se do "processo político quase a totalidade da população obreira do país, aqui compreendendo naturalmente os servos, os escravos, os caixeiros e outros. Igualmente, criou-se um complexo processo hierarquizado de eleições através de assembléias, que iam restringindo paulatinamente o círculo dos cidadãos participantes".[4] É natural, nesse aspecto, que o texto imperial tenha sido incapaz de impulsionar as idéias, fossem elas revolucionárias, fossem liberais, principalmente no âmbito da cidadania e dos direitos fundamentais. Politicamente, se o Ato Adicional de 1834 refletiu anseios e disposições mais flexíveis, a Lei de Interpretação de 1840 restaurou o teor mais conservador da Carta de 1824.

A desagregação da economia agrária e a perda de poder por parte da elite latifundiária dominante, despojada da propriedade escravista, propiciou o crescimento de concepções antimonarquistas, favorecendo o clima para a expansão do ideário liberal-conservador, que passou a valer-se, em certo momento, de diretrizes advindas do positivismo e do republicanismo.

Sob uma perspectiva histórico-política, pode-se nitidamente delinear que, além da questão abolicionista, de outros fatores institucionais não podem ser olvidados, tais como a crise militar e o estremecimento das relações entre a Igreja e o Estado, ambos responsáveis pelo enfraquecimento da monarquia. No entanto, foi a crise econômica uma das razões principais para o desmantelamento do Império e o surgimento do Estado Liberal Republicano em 1889. Se, contudo, como assinala Maurício de Albuquerque, "... a mudança na forma de regime alterou a correlação de forças e a estrutura jurídico-política no interior da formação social brasileira, [*por outro lado*] as relações de subordinação com as estruturas dominantes do Capitalismo Internacional não foram afetadas: o novo Governo declarou que incorporava os compromissos assumidos com potências estrangeiras e também as dívidas externas do regime monárquico".[5]

De qualquer modo, cabe apontar como central, na caracterização das instituições imperiais, a presença e a preeminência da escravidão (repercutindo principalmente no Direito Privado) e do Poder Moderador (alcançando doutrinariamente, sobretudo, o Direito Público), ambas questões que marcaram profundamente as esferas da Sociedade, do Estado e da Justiça.[6]

Quanto à dinâmica produtiva, convém também assinalar que, enquanto a base econômica do Império se assentava na produção de cana-de-açúcar, e o monopólio do poder

---

[4] MENDES, Antonio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. São Paulo: Ibrasa; Curitiba: Editora Universitária Champagnat, 1992, p. 32.
[5] ALBUQUERQUE, Manoel Maurício de. *Pequena História da Formação Social Brasileira*. Rio de Janeiro: Graal, 1981, p. 514.
[6] Cf. DUTRA, Pedro. *Literatura Jurídica no Império*: Rio de Janeiro: Topbooks, 1992, p. 110.

político se localizava na zona nordestina (compreendendo Bahia e Pernambuco), a República passou a ter novo produto-chave, o café, que iria deslocar o domínio político mais para o sul, notadamente para Minas Gerais e São Paulo. A Velha República, corporificando os interesses do setor agrário-exportador, rompe com práticas de um feudalismo imperfeito e inacabado, aliado a um incipiente modo de produção escravagista. A Primeira República, em seus três decênios iniciais, veio representar a emergência da oligarquia cafeeira e de um republicanismo legal, subordinado e ajustado às condições político-sociais dos empresários do café.

O arcabouço ideológico do texto constitucional de 1891 expressava valores assentados na filosofia política republicano-positivista, pautados por procedimentos inerentes a uma democracia burguesa formal, gerada nos princípios do clássico liberalismo individualista. Na realidade, a retórica do legalismo federalista, sustentando-se na aparência de um discurso constitucional e acentuando o povo como detentor único do poder político, erguia-se como suporte formalizador de uma ordem sócio-econômica que beneficiava somente segmentos oligárquicos regionais. Em tal contexto, o aparato oficial conferia "legalidade necessária ao poder hegemônico do Sudeste cafeicultor, sobretudo do seu pólo dominante, que era São Paulo. Sob a aparência formal de uma igualdade jurídica, na prática, a autonomia estadual (...) se localizava numa hierarquia dominada pelas desigualdades do desenvolvimento econômico e financeiro regional e, conseqüentemente, limitando, de fato, o poder das unidades da Federação".[7]

A estrutura social sofreu substanciais modificações, na medida em que se dava a decadência do suporte escravocrata e a ascensão de uma ainda pequena burguesia urbana, que, sem apoiar-se no mercado interno, valia-se de uma economia agroexportadora. Em decorrência, o liberalismo político antidemocrático não só beneficiaria os intentos dos grupos oligárquicos hegemônicos, como, sobretudo, asseguraria que a facção dominante da burguesia agrária detivesse poder exclusivo até fins da década de 20, sem o incômodo aparecimento de forças contrárias. Isso, contudo, não descartaria a presença do tenentismo como a mais significativa reação ao predomínio dos setores agroexportadores, marcada por tipificações que transcendem a mera contestação liberal-reformista das classes médias.[8]

As duas primeiras constituições, elaboradas no século XIX (a Constituição Monárquica de 1824 e a Constituição da República de 1891), foram, portanto, imbuídas profundamente pela particularidade de um individualismo liberal-conservador, expressando

---

[7] ALBUQUERQUE, M. M. Op. cit., p. 518.
[8] WOLKMER, Antonio C. Op. cit., 1989, p. 32.

formas de governabilidade e de representação sem nenhum vínculo com a vontade e com a participação popular, descartando-se, assim, das regras do jogo, as massas rurais e urbanas.

Na verdade, os fundamentos da prática constitucional incidiam, basicamente, nas formas clientelísticas de representação política, na conservação rigorosa da grande propriedade, na defesa desenfreada de um liberalismo econômico, bem como na introdução "aparente" e "formalista" de direitos civis. A ausência de uma política mais democratizante do Estatuto republicano de 1891 demonstra que ainda prevalecia a tradicional economia de fuqdo agrário, e que, conseqüentemente, no campo, "... o latifundiário ainda podia contar com os processos habituais de controle para assegurar a continuidade de sua dominação".[9]

Sem sombra de dúvida, os textos constitucionais em questão configuram o controle político-econômico das oligarquias agroexportadoras, que, enquanto parcelas detentoras do poder, acabavam impondo seus próprios interesses e moldavam a dinâmica do Direito Público compreendido entre a Independência do país e o fim da Velha República. Tais constituições materializaram consensualidades em cujo horizonte sobressaíam a supremacia de frações definidas da elite dominante e uma ordenação ampla do Estado no sentido de seus procedimentos burocrático-patrimonialistas.

Parece inconteste, entretanto, que em dado momento da evolução republicana, ainda na primeira metade deste século, determinadas forças emergentes insatisfeitas procuraram reagir à máquina político-jurídica da oligarquia cafeeira antinacionalista, advogando objetivos vinculados às mudanças das instituições e ao desenvolvimento econômico-industrial, numa clara estratégia por um certo tipo de modernização conservadora. Isso se explica tendo em conta as profundas e intensas contradições nas relações entre a estrutura rígida do poder e a estrutura dinâmica da sociedade, que se rompem ao longo dos anos 20, acabando por instaurar a via que conduziria à crise da Velha República. Os delineamentos de tais impasses advêm do aparecimento de reivindicações identificadas aos novos atores, dentre os quais as massas urbanas associadas à principiante atividade fabril e às pressões de núcleos oligárquicos dissidentes que propugnavam a imediata industrialização e a modernização das instituições políticas.

O colapso da economia agroexportadora e a falência das instituições da Velha República, inseridos num cenário conflitivo interagido pela participação de diferentes atores, pelas propostas antagônicas de mudanças e inovações, pelas cisões nas antigas lideranças e recomposição de alianças, definiram um quadro político marcado pela incapacidade de

---

[9] LOPEZ, Luiz Roberto. *História do Brasil Contemporâneo*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1980, p. 23.

qualquer um dos setores em confronto sobrepor-se aos demais.[10] Como resultado dessa disjunção, o processo histórico se articularia através de singularidade própria, capaz de reordenar as forças sociais em confronto, dando legitimidade à estrutura de poder. Tratava-se da entrada em cena do Estado, de um Estado que não deixava de ser oligárquico. Assim, frente à inércia dos segmentos hegemônicos dissidentes e de uma sociedade fragmentada pelos poderes regionais, o Estado acabou projetando-se para ocupar o vazio existente, como o "único sujeito político" apto a unificar, nacionalmente, a sociedade burguesa e de fomentar o moderno arranque do desenvolvimento industrial.[11]

É nesse espaço institucional que se verifica a referência de Luiz Werneck Vianna, acerca da enorme distância existente entre um Brasil real e um Brasil legal, entre a abstração ideal e a realidade concreta da legislação, entre "um regime constitucional ostensivo e um regime constitucional concreto".[12] Ademais, a ordem jurídica liberal da época decorria, para Luiz W. Vianna, "... de uma construção arbitrária do legislador, inadequada à tessitura particular das relações sociais na sociedade. Convinha, então, repensar o universo constitucional de modo que os níveis legal e real pudessem confluir. A iniciativa de recuperar a verdadeira trama por detrás da fachada arbitrária legal, bem como a encurtar o espaço entre a concepção da lei e a sociedade concreta, caberiam ao Estado".[13]

De fato, nessa historicidade torna-se mais fácil compreender a dimensão política, e sobretudo social, do Direito Público centrado na doutrina do Constitucionalismo. Efetivamente, o Constitucionalismo brasileiro, quer em sua primeira fase política (representado pelas Constituições de 1824 e 1891), quer em sua etapa social posterior (Constituição de 1934), expressou muito mais os intentos de regulamentação das elites agrárias locais do que propriamente a autenticidade de movimento nascido das lutas populares por cidadania ou mesmo de avanços alcançados por uma burguesia nacional constituída no interregno de espaços democráticos. As demais constituições brasileiras (1937, 1946, 1967 e 1969) representaram sempre um Constitucionalismo de base não-democrática (no sentido popular), sem a plenitude da participação do povo, utilizado muito mais como instrumental retórico de uma legalidade individualista, formalista e programática.

A Constituição de 1934, conseqüência da Revolução de 30 e refletindo uma época de mudanças sócio-econômicas, caracterizou-se por ser um pacto político híbrido, sem unidade ideológica que, através de seus pressupostos herdados da Carta Mexicana de 1917 e

---

[10] Cf. WOLKMER, Antonio C. Op. cit., 1989, p. 34.
[11] Cf. WOLKMER, Antonio C. *Elementos Para Uma Crítica do Estado*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1990, p. 48.
[12] VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e Sindicato no Brasil*. Rio de Janeiro: paz e Terra, 1978, p. 109.
[13] *Idem, Ibidem*.

da Lei Fundamental de Weimer (1919) introduziu, pela primeira vez, os postulados do Constitucionalismo social no país. Sua especificidade não resultou em ser necessária e espontânea, mas em projetar-se como "compromisso" estratégico, manobra política e imposição de um Estado oligárquico-patrimonialista com pretensões de modernização. Certamente que o Texto de 1934 permitiria a presença de uma série de reformulações ao Constitucionalismo liberal-individualista de 1891. Ainda que conservassem os quadros do federalismo regionalista e elitista, procurou-se, no entanto, delimitar parte das extrapolações de um presidencialismo "caudilhesco". Num bicameralismo disfarçado, atribuiu-se à Câmara dos Deputados o exercício efetivo do Legislativo, transformando o Senado Federal em simples poder colaborador. Pela primeira vez, a Câmara dos Deputados era composta não só por representantes do povo - eleitos diretamente -, mas surgia a chamada representação profissional, eleita indiretamente mediante associações profissionais. Introduzia-se a Justiça Eleitoral no Poder Judiciário, que inovava com o voto feminino. Além dos direitos políticos e da declaração burguesa de direitos individuais, instituíram-se direitos econômicos e sociais, em que a Justiça do Trabalho surgia para dirimir, paternalisticamente, conflitos coletivos, e para manipular quase toda a atividade sindical. Na verdade, com relação ao seu tão decantado avanço, tal legislação social chegou como instrumento para aparar os choques entre classes. No dizer de Fábio Lucas, essa "legislação elaborada pelos proprietários realiza o jogo tático destes, pois agrada o trabalhador sem dar-lhe a participação que lhe deveria caber na riqueza e na fortuna nacional. (...) A conclusão a que chegamos é que em 1934 tivemos uma grande reforma da fachada, renovação integral da pintura, embora a estrutura do prédio permanecesse inabalável".[14] Prosseguindo, a Constituição de 1937, inspirada no Fascismo europeu, instituiu o autoritarismo corporativista do Estado Novo e implantou uma ditadura do Executivo (todos os poderes concentrados nas mãos do presidente da República) que se permitia legislar por decretosleis e reduzir arbitrariamente a função do Congresso Nacional, bem como dirigir a economia do país, intervir nas organizações sociais, partidárias e representativas, além de restringir a prática efetiva e plena dos direitos dos cidadãos. O texto político-jurídico de 1946, por sua vez, restabeleceu a democracia formal representativa, a independência aparente dos poderes, a autonomia relativa das unidades federativas e a garantia dos direitos civis fundamentais. Essa Constituição do pós-guerra polarizou as principais forças políticas da época no sentido de um arranjo burguês nacionalista entre forças conservadoras e grupos liberais reformistas.

---

[14] LUCAS, Fábio. *Conteúdo Social nas Constituições Brasileiras*. Belo Horizonte: Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade de Minas Gerais, 1959, p. 67-71.

As diretrizes que alimentaram o Direito Público, na década de 60, foram geradas pelas cartas constitucionais centralizadoras, arbitrárias.e antidemocráticas (1967 e 1969), cuja particularidade foi reproduzir a aliança conservadora da burguesia agrária/industrial com parcelas emergentes de uma tecnoburocracia civil e militar.

A tradição de nosso Constitucionalismo, portanto, primou sempre por formalizar toda a realidade viva da nação, adequando-a a textos político-jurídicos estanques, plenos de ideais e princípios meramente programáticos. Em regra, as constituições brasileiras recheadas de abstrações racionais não apenas abafaram as manifestações coletivas, como também não refletiram as aspirações e necessidades mais imediatas da sociedade. Embora exista a possibilidade de se admitir que a Constituição de 1988 não escape totalmente desse enquadramento apriorístico e racional, há de se reconhecer certos avanços que aproximam mais diretamente suas 315 disposições normativas com o momento histórico e a realidade social existente no país. Aliás, seu retrato igualmente liberal, formalista e vulnerável não inviabiliza um alcance múltiplo: afinal, tanto serve "à legitimação da vontade das elites e à preservação do *status quo*", quanto "poderá representar um instrumento de efetiva modernização da sociedade", pois, além de consagrar mecanismos da democracia direta e de maior participação e autonomia municipal, novos direitos comunitários foram previstos, principalmente aqueles instrumentalizados pela figura inovadora dos sujeitos sociais, como entidades sindicais, associações civis etc.[15] Ainda que possa ser acusada de um texto analítico, demasiadamente minucioso e detalhista, a Constituição de 1988, mais do que em qualquer outro momento da história brasileira, - além de ter contribuído para enterrar a longa etapa de autoritarismo e repressão do golpismo militarista -, expressou importantes avanços da sociedade civil e materializou a consagração de direitos alcançados pela participação de movimentos sociais organizados. Entretanto, todo esse esforço articulado de múltiplos segmentos sociais começou a ser minimizado e desconsiderado na metade dos anos 90, quando forças conservadoras da elite nacional - apoiada na onda neoliberal de prevalência absoluta do mercado e nas mudanças mundiais configuradas pela globalização da economia - desencadearam ações privativistas/reformistas que tanto objetivaram obstaculizar e enfraquecer os direitos de cidadania, quanto deflagrar uma precipitada e oportunista "reforma constitucional".

Nessa perspectiva, a atual Constituição é atingida profundamente por restrições na área social, por fluxos de desmobilização que sacodem a sociedade civil e por diretrizes que conduzem à supressão do espaço político da cidadania. Isso porque, seguindo a tradição

[15] Cf. CARRION, Eduardo K. "A Nova Constituição (II)". DS Porto Alegre, 10.11.1989.

institucional de nosso capitalismo periférico liberal-individualista, a democracia aparece sob a forma de concessão, não deixando de ser, mais uma vez, controlada. Ora, vê-se, assim, de um lado, uma democracia manipulada pelo poder econômico das elites dominantes, refletindo a presente derrocada e insuficiência das forças progressistas; de outro, a cantilena de um discurso neoliberal, que, operacionalizado pelos segmentos reacionários, reintroduz hegemonicamente novos valores, categorias e concepções de mundo.[16]

Antes de encerrar a contextualização histórico-crítica do Direito Público, interessa introduzir, ainda que de forma sucinta, alguns dos principais agentes que interpretaram e reproduziram as verdades oficiais na instância do publicismo jurídico. De fato, a trajetória histórica das idéias e das instituições de Direito Público (aqui englobando as áreas do Constitucional, Administrativo, Penal e do Trabalho) foi, em muito, construída pelo alargamento teórico de alguns publicistas (conservadores e liberais, monarquistas e republicanos, positivistas e ecléticos), identificados com a cultura jurídica dominante ao longo dos séculos XIX e XX, como o atestam, entre outros, Bernardo Pereira de Vasconcelos (1795-1850); Zacharias Goes e Vasconcellos (1815-1877); Henrique de Souza Braz Florentino; José Antonio Pimenta Bueno (1804-1878); Paulino José Soares de Souza, o Visconde do Uruguai (1807-1866); Rui Barbosa (1849-1923); Francisco José de Oliveira Viana (1883-1951); Francisco Campos (1891-1968); Nélson Hungria; Antonio de Cesarino Júnior, Santiago Dantas, Afonso Arinos de Melo Franco e . Paulo Bonavides.

A conclusão que se pode extrair da evolução do Direito Público, caracterizado, nessa reflexão, basicamente pelas principais constituições do Brasil, é que ele foi marcado ideologicamente por urna doutrina de nítido perfil liberal-conservador, calcada numa lógica de ação atravessada por temas muito relevantes para as elites hegemônicas, tais como a *conciliação* e o *reformismo*. O processo histórico nacional evidencia que as instâncias do Direito Público jamais foram resultantes de urna sociedade democrática e de urna cidadania participativa, pois a evolução destas foi fragmentária, ambígua e individualista, além de permanecerem sujeitas a constantes rupturas, escamoteamentos e desvios institucionais.

Em suma, a falta de tradição verdadeiramente democrática nos liames do que se convencionou chamar de "liberalismo burguês" fez com que inexistisse - na evolução das instituições do país - a consolidação e a constância de um Constitucionalismo de base popular-burguesa, pois, tanto o político quanto o social foram sempre construções momentâneas e inacabadas das oligarquias agrárias. Como já se assinalou em outro

---

[16] Cf. LACERDA, Antonia Denise. *Os Direitos Sociais e o Direito Constitucional Brasileiro*. Dissertação de Mestrado em Direito. Florian6polis: CPGD/UFSC, 1995, p. 79-80, 87-92.

contexto,[17] o Constitucionalismo brasileiro nunca deixou de ser o contínuo produto da "conciliação-compromisso" entre o patrimonialismo autoritário modernizante e o liberalismo burguês conservador.

4.2. As instituições privadas e a tradição jurídica individualista

Além do inventário do Direito Público, projetado na doutrina do Constitucionalismo, apura-se outro momento da cultura jurídica nacional, relacionado com as instituições de Direito Privado. Ao adentrarse pela radiografia da legislação privada, constata-se sua identificação com a retórica liberal-individualista e com o formalismo discriminador das preceituações normativas que imperam sobre uma sociedade odiosamente estratificada.

Numa estrutura agrária e escravocrata, como a brasileira do século XIX, não havia lugar para o abrigo de concepções avançadas na esfera do Direito Privado. Como atenta Mercadante, enquanto a ordem privatista inviabilizava sua adequação à realidade social, o Direito Público era alimentado por doutrinadores e publicistas simpatizantes da tripartição dos poderes e de idéias originadas de Montesquieu e Benjamin Constant.[18] Ainda que cingido pelo monopólio do Poder Moderador e limitado pelas demasiadas prerrogativas do Estado frente às tênues práticas de direitos do cidadão, inconteste foi o avanço do Direito Público se comparado com a legislação civil denegri da gravemente pela escravidão.[19] Na verdade, os influxos da legislação napoleônica alcançou o Brasil, mas de forma comedida, a tal ponto que os "expositores franceses do Código Civil e o próprio Savigny eram estranhos à maioria dos estudiosos. Aqueles doutrinadores amedrontavam a sociedade escravocrata, que repelia a introdução de normas modernas no âmbito do Direito Privado, incumbido de regular as relações internas de produção".[20] Dentro desse contexto, Mercadante adverte sobre a pertinente e necessária proposta conciliatória expressa pelo dualismo do Direito Privado, que deixa de lado a institucionalização do Código Civil e privilegia a promulgação da legislação comercial. Enquanto o país independente implementa sua legislação constitucional, penal, processual e mercantil no período que se instaura com a emancipação política de 1822, sua regulamentação civil seria norteada pelas ordenações, leis e jurisprudências portuguesas.[21]

---

[17] Cf. WOLKMER, Antonio C. Op. cit., 1989, p. 35.
[18] Cf. MERCADANTE, Paulo. A Consciência Conservadora no Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972, p. 171.
[19] Cf. DUTRA, Pedro. Literatura Jurídica no Império. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992, p. 103; MERCADANTE, Paulo. Op. cit., 1972, p. 134.
[20] Cf. MERCADANTE, Paulo. Op. cit., p. 134.
[21] Cf. MERCADANTE, Paulo. Op. cit., p. 125.

Certamente a legislação comercial, implementada pelo esforço de José da Silva Lisboa e inspirada nos princípios do liberalismo econômico europeu e nas diretrizes da codificação napoleônica, não ficava restrita tão-somente a disciplinar as práticas do comércio em geral. Sua esfera de incidência ampliava-se e cobria atos da vida civil nem sempre caracterizados pela intervenção específica de comerciantes. Havia, portanto, nesse alargamento, demasiada valoração de suas normas, bem mais do que elas proclamavam. Como conseqüência inevitável, a legislação mercantil alcançava o âmbito "das indústrias manufatureiras, de transporte, e outros auxiliares do comércio. Invadia, ademais, território do Direito Civil, e introduzia no texto desse diploma a parte geral relativa a obrigações e contratos, mandato, locação, hipoteca, autênticos institutos de Direito Civil, o que levaria Teixeira de Freitas a declarar que o Código exorbitara e que os seus redatores tudo mercantilizaram".[22] É inegável que a duplicidade das leis na esfera privada e a passividade do legislador com relação ao instituto da escravidão encontravam firme guarida nas elites agrárias, que admitiam adaptações legislativas e introjeções liberais, desde que não modificassem as relações de produção.

Na adequada observação de Pedro Outra, o problema do escravismo era encarado como legado dos colonizadores lusos, tornando-o manifestação histórica de nosso meio social. Isso inviabilizava a promoção de desenvolvimento do país, pois enquanto a Europa atravessava a Revolução Industrial, aqui, economicamente, o braço escravo ditava o modo de produção da riqueza, assim como, socialmente, a questão servil danava a cultura e repercutia nefastamente nos mais diversos setores da sociedade.[23]

Somente em 1855 é que o governo imperial incumbiu o jurista Teixeira de Freitas de preparar a consolidação de nossas leis civis. Ainda que avesso à duplicidade das relações de produção do domínio e adversário do escravismo, o maior privativista brasileiro do século XIX montou um projeto de Código Civil de grande rigor sistemático, que ao longo de seus mais de 1.300 artigos, aglutinava um texto de preceituações comuns ao Direito Civil e Comercial. Embora tenha pugnado pela unicidade do Direito Privado, defendeu a precedência das regras civis sobre as comerciais, mas não conseguiu adequar as idéias liberais com o escravismo. Considerado repugnante e vergonhoso para a constituição de nossa cultura, o problema da escravidão passou em silêncio, sendo propositadamente deixado de lado, ou seja, simplesmente foi classificado à parte em seu projeto final. Em nenhum momento de seus artigos iria figurar a regulamentação sobre a condição do escravo.[24]

---

[22] MERCADANTE, Paulo. Op. cit., 1972, p. 135-136.
[23] Cf. DUTRA, Pedro. Op. cit., p. 104.
[24] Cf. MERCADANTE, Paulo. Op. cit., 1972, p. 177; MENDES, Antonio Celso. Op.cit., p. 45-46; REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 173; GRINBERG, Keila. Op. cit, p. 47-58.

Mesmo que não tenha sido aproveitado, o Esboço, tido como arrojado por muitos, abriu caminho e foi decisivo para o projeto definitivo de Clóvis Beviláqua, senão ainda tomou-se a base sul-americana de codificações, inspirando “Velez Sarsfield na redação do Código Civil argentino e alcançando o Uruguai, o Paraguai, estendendo-se ainda por toda a região influenciada por Andrés Bello, sobretudo o Chile. Tratava-se de nações que haviam abolido a escravidão e por conseguinte podiam sentir a repercussão das idéias mais avançadas no campo do Direito Privado”.[25] Neste sentido, pode-se dizer que a historicidade brasileira não foi diferente, pois foi com a abolição do sistema escravocrata e com o advento do regime republicano que se concretizou, de vez, a extinção das Ordenações.[26]

Herdeiro dos estudos e das contribuições inacabadas efetivadas pela jurisprudência imperial, o projeto de Clóvis Beviláqua, elaborado em 1899, só foi promulgado em 1916, passando a vigorar um ano após.

Influenciado pelo Código Civil alemão de 1896[27] (que entrou em vigência no dia 1 de janeiro de 1900), sua aprovação passou por inúmeras discussões na Câmara e no Senado da República, o que não impediu de aproveitar toda a “rica tradição doutrinária nacional, sobretudo (...) as contribuições de Teixeira de Freitas, cuja idéia de unificação do Direito Privado não foi, porém, acolhida”.[28] Impunha-se a orientação conciliadora do legislador pátrio de adaptar as inovações com as tradições, de adequar seus dispositivos com as novas exigências da realidade social brasileira; além do que, o germanismo inspiraria a distribuição das matérias, ganhando força, na esfera da fanu1ia, a pessoa individual; “no direito das coisas, a idéia da propriedade; no direito das obrigações, a idéia de crédito; no das sucessões, a transmissão hereditária dos bens. O primado da pessoa como critério de classificação atendia já às novas condições de produção resultantes do fim da escravatura”.[29] Ora, esse ímpeto “nem sempre bem sucedido de se livrar do passado e inaugurar instituições novas”[30] encontrava sustentação no ideário liberal-individualista e na tentativa de adequar determinados institutos econômicos a uma sociedade constituída pela aliança de oligarquias agrárias.

---

[25] MERCADANTE, Paulo. Op. cit, 1972, p. 183. Constatar igualmente: MERCADANTE, Paulo. *Militares & Civis: A Ética e o Compromisso*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 136-137; NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 240-241; VALLADÃO, Haroldo. *História do Direito, Especialmente do Direito Brasileiro*. 4.00. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 143-153.
[26] Cf. MERCADANTE, Paulo. Op. cit., 1972, p. 182.
[27] Sobre a formação e as fontes do Código Civil brasileiro, uma das análises mais completas é a de PONTES DE MIRANDA, F.C. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 1-96. Também observar: CHACON, Vamireh. *Da Escola do Recife ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Simões, 1969; GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Salvador: Livraria Progresso/Universidade da Bahia, 1958, p. 18-67.
[28] REALE, Miguel. Op. cit., p. 190.
[29] MERCADANTE, Paulo. Op. cit., 1972, p. 137.
[30] PRADO JÚNIOR, Caio. *Evolução Política do Brasil*. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1980, p. 197.

Sem desconsiderar o valor e o avanço do processo de codificação em relação ao anacronismo da legislação portuguesa até então dominante, o Código Civil reproduz em muito as condições sócio-econômicas do final do século XIX. As características do novo Código estavam mais próximas de um perfil conservador do que inovador, em razão da ênfase muito maior atribuída ao patrimônio privado do que realmente às pessoas, admitindo um pátrio poder rigoroso, que foi diminuído posteriormente com a gradativa concessão de outros direitos à esposa.[31] De qualquer modo, como comenta Antônio Mendes, a legislação civil que reproduzia as situações históricas da época, condições que permaneceram até os dias atuais, manteve inalterados os privilégios jurídicos da burguesia agrária, não se adentrando na regulamentação de avanços efetivados no âmbito principalmente de direitos de natureza política e social.[32]

Certamente o Direito Civil brasileiro, tendo suas raízes no velho Direito metropolitano, que o Império transformou e, em parte, materializou, seria pouco eficaz e fracassaria em inúmeras questões essenciais. Além desse demasiado apego dos juristas pátrios ao passado, escondidos sob o manto de uma retórica artificial e de conhecimentos abstratos, estes não levaram em conta as necessidades reais e nem sempre conseguiram visualizar corretamente a diversidade e a particularidade das condições brasileiras.[33] Oportuno é trazer Caio Prado Júnior, que foi quem pontificou pertinentemente sobre tal cenário legislativo inaplicável e distante das peculiaridades do país diante do imobilismo geral das instituições sociais. Tem-se, assim, em muitos setores institucionais, um Direito vazio e inoperante, favorecendo uma ausência de regulamentação jurídica para muitas situações específicas. Um caso ilustrativo e mais flagrante "é talvez o regime de terras, tão importante num país agrícola e na maior parte ainda deserto, e que disto nunca foi devidamente tratado nas leis brasileiras.

---

[31] CHACON, Vamireh. Op. cit., p. 177.

[32] Cf. MENDES, Antonio Celso. Op. cit., p. 64. Assinala igualmente Orlando Gomes que, se sob o aspecto da *técnica jurídica* aclamou-se a excelência do Código Civil "como obra concisa, de linguagem escorreita, notável em segurança e precisão", já de outro representou a "sistematização de um Direito da Civilização urbana, mal adequado às condições de vida do interior do país, (...) tanto econômica como política e socialmente. (...) Em todo o curso de sua elaboração, nos longos anos em que se arrastou no Congresso Nacional, o Código Civil não foi acusado, em tempo algum, de ter descurado a questão social. No Brasil daquele tempo não havia clima para crítica dessa natureza". Orlando Gomes assevera que Clóvis Beviláqua não desconhecia o "desencadeamento da reação ao individualismo jurídico".

Assumindo "de modo nítido e firme, posição categórica contra as inovações de fundo social que se infiltravam, desde então, na legislação dos povos mais adiantados. Estava convencido de que as 'novas formações' não possuíam substantividade, não se lhes devendo injetetar seiva, para que se não processasse uma intervenção funesta na economia da vida social. Conhecia, portanto, o movimento incipiente de revisão do Direito Privado, mas as condições sociais do país, seu atraso econômico e a distribuição de sua riqueza, não ensejavam sua assimilação. Por mais esclarecido que fosse seu pensamento de professor de legislação comparada, não seria possível superar as limitações do meio". *In: Introdução ao Direito Civil.* 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1971, pp. 84-86.

[33] Cf. PRADO JÚNIOR, Caio. Op. cit., p. 197; MENDES, Antonio Celso. Op. cit., p. 55; GOMES, Orlando. Op. cit., 1958, p. 39-66.

O que sempre tivemos na matéria foi copiado de legislações européias, onde naturalmente a situação é inteiramente outra. A única tentativa séria de regulamentação da propriedade fundiária no Brasil (a Lei de Terras de 1850) nunca foi efetivamente executada. Somente uma pequena fração do território brasileiro (...) encontra-se regularmente inscrita e registrada; e basta para verificá-lo consultar a longa lista de processos e litígios em torno de questões de terras. Esse é apenas um exemplo, entre muitos outros, para ilustrar as falhas da elaboração jurídica do Império".[34]

O mapeamento da historicidade do Direito nacional cobre não só sua legislação, instituições e idéias, mas também seus principais vultos, responsáveis por engendrar e reproduzir uma certa especificidade de cultura jurídica no país. Tendo em vista que muitos já se ocuparam de analisar mais pormenorizadamente a vida e a obra dos chamados "grandes juristas" do Direito Oficial,[35] e não ser tema aqui privilegiado, cabe, tão-somente, mencionar algumas figuras ilustrativas. Mister é, assim, reconhecer as contribuições que vão desde Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883), certamente o maior civilista brasileiro do século XIX e que "lançou as bases de nosso Direito Privado", até o nome de José Antonio Pimenta Bueno (1804-1878), mais tarde Marquês de São Vicente, a principal expressão do Direito Público do Império, mas que também enveredou, com competência, para as áreas do Direito Processual Civil e do Direito Internacional Privado.[36] Ao lado destes, os privativistas como José Antonio Souza Lisboa, o Visconde de Cairu, expoente da prática jurídico-mercantil e divulgador das idéias de Adam Smith; Francisco Paula Batista (1811-1881), com contribuições para o processo civil e para a hermenêutica jurídica; Cândido Mendes de Almeida (1818-1881), investigador das ordenações coloniais e doutrinador erudito, profundo conhecedor da legislação filipina e canônica; Lafayette Rodrigues Pereira (1834-1917), um dos mais renomados jurisconsultos do século XIX, grande intérprete do Direito de Família e do Direito das Coisas; Clóvis Beviláqua (1859-1944), renovador do Direito brasileiro, autor do projeto do Código Civil de 1916 e um dos mais completos jurisconsultos da Escola do Recife; Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (18921979), possivelmente a maior expressão do Direito brasileiro neste século, jurista eclético que, em seus inúmeros, densos e sólidos tratados, discorreu com brilhantismo sobre Direito Privado, Direito Constitucional,

---

[34] PRADO JÚNIOR, Caio. Op. cit., p. 197-198.
[35] Consultar, a propósito: SILVA, Justino Adriano Farias da. *Pequeno Opúsculo sobre a Vida e Obra de Pontes de Miranda.* Porto Alegre: EST, 1981; LIMA, Hermes. Tobias Barreto: *A Época e o Homem.* 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957; DUTRA, Pedro. *Literatura Jurídica no Império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992; MEIRA, Silvio. Teixeira de Freitas: *O Jurisconsulto do Império - Vida e Obra*. Brasília: 1983; VIANA FILHO, Luiz. *A Vida de Rui Barbosa,* 6. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960; REALE, Miguel. *Figuras da Inteligência Brasileira*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; Fortaleza: Universidade Federal do Ceará.
[36] Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 173; *Idem, Figuras da Inteligência Brasileira*. Op. cit., p. 34.

Processual, Filosofia e Sociologia Jurídicas; J. X. Carvalho de Mendonça, vulto maior que modernizou e desenvolveu o Direito Mercantil na primeira República; Orlando Gomes (19091988), consagrado professor, consultor jurídico e civilista que se empenhou sempre pela crítica e pela renovação de temas da dogmática legal.[37]

Não obstante haver conquistado um Direito nacional e codificado, a República consolidou um modelo privatista de legalidade não muito diverso do período imperial no que se refere ao alheamento de suas normas às condições histórico-sociais e às reais necessidades de sua população. A ordem jurídica positiva republicana, por demais individualista, ritualizada e dogmática em suas diretrizes ordenadoras, quase nunca traduziu as profundas aspirações e intentos do todo social. Na verdade, tanto a legislação privada quanto as políticas públicas impostas por um Estado oligárquico e autoritário não conseguiram, na trajetória deste século, enfrentar e solucionar adequadamente as agudas questões estruturais da sociedade no Brasil, como a concentração da riqueza nas mãos de poucos, as abissais desigualdades sociais e a crescente exclusão da moradia e da posse da terra para milhões de pessoas.

Fonte de um dos maiores conflitos contemporâneos de ordem privada, a luta pela posse, uso e distribuição da terra se efetiva no contexto de uma estrutura agrária, de privilégios e injustiças, assentada na dominação política autoritária e clientelística, nos intentos capitalistas especulativos e discriminadores, e na produção de legalidade oficial comprometida com os interesses das tradicionais elites agrárias. Temos assim toda uma legislação positivo-dogmática, marcada pela tradição individualista de proteção e de conservação do Direito de Propriedade (art. 524, do Código Civil Brasileiro) que acaba reservando para um plano indireto, suplementar e secundário, o Direito da Posse (art. 485, do Código Civil Brasileiro). Esse caráter subordinativo da posse à propriedade permite entender que, ainda que não a exerça diretamente, o proprietário tem sido sempre, obrigatoriamente, o possuidor, podendo reaver a coisa quando for privado de sua posse mediante ações de reintegração, previstas no próprio art. 524 do Código Civil Brasileiro. Vê-se, dessa forma, que a posse, de natureza dinâmica e socialmente evolutiva, é restringida e colocada como decorrência de um patrimônio configurado por uma abstração legal disposta estatisticamente no Texto de 1916.[38]

---

[37] Observar: DUTRA, Pedro. Op. cit., p. 53-57, 64-70,75-80 e 82-83; MENDES, Antonio Celso. Op. cit., p. 43-46, 62-65 e 81-85; REALE, Miguel. Op. cit., 1977, p. 172-200.

[38] WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico - Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito.* São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 94-95. A propósito, cabe lembrar que, mesmo excluindo da presente descrição a discussão acerca dos trabalhos técnicos e das possíveis inovações temáticas (Direito de Família, por exemplo), está tramitando no Congresso Nacional, há mais de 14 anos, o projeto do novo Código Civil Brasileiro.

Com efeito, todo fundamento desse modelo jurídico liberal-conservador, montado no início do século para assegurar e proteger os interesses da oligarquia rural, veio privilegiar, de modo exclusivo, inatacável e absoluto, o Direito Individual de propriedade.

Enfim, em que pesem as profundas e céleres mudanças vivenciadas pela sociedade brasileira na virada do século XX, basta o exame atento das fontes históricas, da evolução e da aplicação dos dispositivos do Código Civil, engendrado no ideário da segunda metade do século XIX e ainda em plena vigência, para se ter com muita clareza um perfil ideológico e o grau de comprometimento do Direito Privado como um todo. De fato, sua filosofia tem reproduzido até hoje, de um lado, os princípios do individualismo burguês advindos da moderna cultura jurídica européia; de outro, o legado colonial de práticas institucionais burocrático-patrimonialistas que apenas têm favorecido a garantia e a proteção de bens patrimoniais, deixando de contemplar e resolver os conflitos sociais de massa. Os limites, o artificialismo e a pouca funcionalidade desse sistema de legalidade formalista e conservador propiciam as condições favoráveis para a seqüência de confrontos intermináveis e os horizontes de ruptura com os procedimentos da justiça oficial e estatal. Daí a premência de se definir novo quadro de auto-regulamentação emanado da e pela própria sociedade.

4.3. Historicidade e natureza do pensamento jusfilosófico nacional

No contexto inicial da colonização e da exploração das riquezas, não houve lugar para qualquer elaboração de idéias originais, pois toda e qualquer produção teórica ficou reduzida à propagação missionária e à repetição dos ensinamentos evangélicos, mediatizados e impostos pelos jesuítas. No mimetismo sacralizado que marcaria os primeiros séculos da colonização, não comporta registrar uma teoria jurídica secularizada, pois toda concepção sobre lei, direito e justiça restringia-se às diretrizes ético-religiosas da Igreja Católica, que refletia um jusnaturalismo tomista-escolástico.

Aponta-se que os primórdios de um trabalho de cunho jusfilosófico, no Brasil, teria aparecido somente no século XVIII, de autoria do poeta inconfidente de nacionalidade portuguesa Tomás Antonio Gonzaga (1744-1809). Mas, ao contrário do que se poderia esperar de um intelectual afinado com certas concepções iluministas, republicanas e liberais, seu *Tratado de Direito Natural,* ao refletir, sem muita originalidade de pensamento,

prêssupostos identificados com o jusnaturalismo de inspiração teológica, destinava-se claramente a não desagradar os meios culturais dominantes na Metrópole.[39]

Não ocorreram profundas alterações nessa direção do idealismo jusnaturalista inaugurado por Tomás A. Gonzaga, mesmo depois da Independência do país e da criação, por D. Pedro I, das duas Faculdades de Direito - a de Olinda (depois Recife) e a de São Paulo. O que se pode aventar é que o jusnaturalismo foi incorporando, ao longo do século XIX, certos matizes do racionalismo Iluminista e do individualismo liberal. Durante o Império, a estrutura ideológica da sociedade brasileira continuou fundada na monocultura latifundiária, no trabalho escravo e na especificidade institucional de uma monarquia hereditária. Além do que, a elite intelectual adotou entusiasticamente um sistema filosófico eclético advindo do historicismo espiritualista francês. Com efeito, o *ecletismo* se constituiu, como bem diz Luiz Washington Vita, na principal e na melhor sistematização do pensamento brasileiro em grande parte do século XIX, "representado por Mont'Alverne, Gonçalves de Magalhães, Ferreira França, Morais e Vale e Antonio Pedro de Figueiredo, inspirados em maior ou menor grau por Victor Cousin, que pretendia conciliar, num sistema pouco definido, o que julgava verdadeiro em todos os sistemas, considerados como manifestações parciais de uma verdade única e mais ampla. Nesse sentido, é o ecletismo uma reunião de teses conciliáveis tomadas de diferentes sistemas de Filosofia, e que são justapostas, deixando de lado, pura e simplesmente, as partes não-conciliáveis destes sistemas. (...) Portanto, o ecletismo foi a Filosofia oficial no Brasil entre 1840 e 1880, numa tentativa de hegemonia filosófica única em toda a nossa história das idéias".[40] Reconhece igualmente Antonio Paim que essa opção pela Filosofia de Victor Cousin não se deve, "pura e simplesmente, pela ausência de tradição filosófica (...), ou seja, nada teve de fortuita, mas resultou de uma escolha consciente de parte

---

[39] Cf. MACHADO NETO, A. L. História das Idéias Jurídicas no Brasil. São Paulo: Grijabo/EDUSP, 1969, p. 15-18. Oportuno é ainda transcrever as observações feitas por Paulo Nader acerca do primeiro lente de filosofia jurídica na Academia de São Paulo, logo após sua criação: "Se em nossa área de estudo a primeira obra de autor radicado no Brasil pertenceu a um escritor luso - Tomás Antonio Gonzaga -, há dois séculos, também daquela nacionalidade foi o nosso primeiro professor de Direito: José Maria de Avelar Brotero (1798-1878), que, por decreto de 12 de outubro de 1827, foi nomeado pelo Imperador para reger a cátedra de Direito Natural da recém-criada Faculdade de Direito de São Paulo, cabendo-lhe a honra de proferir a aula inaugural dos cursos jurídicos, em 10 de março de 1828. (...) Seguindo a orientação dos regulamentos então vigentes, publicou, em 1829, um compêndio da matéria destinado aos alunos - *Princípios de Direito Natural* -, o qual lhe trouxe amargos ressentimentos, em face da repercussão negativa alcançada. A Comissão de Instrução Pública emitiu parecer contrário à adoção da obra, sob o fundamento de que lhe faltavam consistência lógica, clareza, precisão e ser uma compilação de vários autores. Em conseqüência, o livro foi substituído pelo de Perreau, *Éléments de Législation Naturelle*, obra sem maior expressão e que se baseava nos ensinamentos de Burlamaqui, datando de 1831 a sua primeira edição. A velar Brotero não reagiu, nem ficou privado, em contrapartida, do exercício de seu cargo". *In: Filosofia do Direito.* 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1994. p. 251.

[40] VITA, Luiz Washington. *Panorama da Filosofia no Brasil*. Porto Alegre: Globo, 1969, p. 61-62.

de nossa elite dirigente".[41] Ainda que a relevância do ecletismo francês tenha servido aos setores dominantes da sociedade brasileira, especialmente "como bússola na solução dos problemas políticos, na concepção e na implantação das instituições, da administração, do ensino etc., ao longo do Segundo Reinado, a expressão filosófica desse estado de espírito variou com o tempo".[42] Na verdade, um exame mais atento de sua trajetória permite concluir, com Roberto Gomes, que o nosso *ecletismo* não foi apenas o primeiro grande movimento filosófico a se estruturar, tampouco o mero reflexo de uma determinada situação política e social. Na verdade, foi e tem sido resultado "direto da indiferenciação cultural que até hoje perdura. (...) É manifestação de alguns traços básicos de nosso caráter intelectual e de nossa condição política, e continua vivo, ainda encontradiço, prezado e vigente entre nós" (...).[43] Em síntese, o ecletismo representa o que Roberto Gomes designa como o mito brasileiro da imparcialidade.

No quadro filosófico até aqui descrito, deve-se mencionar que o interior da formação social foi afetado profundamente, na virada do século XIX para o início do século XX, por transformações decorrentes da modificação do sistema sócio-político (monarquia-república), do deslocamento no domínio da correlação de forças (senhores de engenho-oligarquias cafeeiras agroexportadoras) e das novas estruturas jurídico-políticas, edificadas a partir d.a implantação do espírito positivista-republicano e da construção de uma ordem liberal burguesa.

Ainda que sob o impacto cultural de uma situação colonial e de independência, reflexo atrasado de modismos alienígenas e da escassa originalidade criativa, o Brasil, em fins do século XIX, "(...) viu surgir um mundo de idéias novas que viriam romper a tradição jusnaturalista ainda dominante em nosso país até a entrada do último quartel do século, quando surgem expressões brasileiras do positivismo e do evolucionismo que representam, em nosso meio, o influxo de uma relativa urbanização e modernização da vida social que, em pouco tempo, repercutiria no plano mais visível da vida política com a abolição da escravatura e a proclamação da República. Positivismo e evolucionismo são, realmente, as duas rubricas teóricas com as quais se pode resumir um conjunto de idéias novas que povoaram o final do século com mais significativo influxo sobre a teoria jurídica. (...) Embora muitos pensadores brasileiros tenham feito uma transição entre o positivismo e o evolucionismo em suas diversas nuances, tal como ocorreu a Sílvio Romero e a Tobias Barreto, não há que negar que o

---

[41] PAIM, Antonio. *História das Idéias Filosóficas no Brasil*. 3. ed, São Paulo: Convívio; Brasília: INL, 1984, p. 289.
[42] PAIM, Antonio. Op. cit., 1984, p. 193.
[43] GOMES, Roberto. *Crítica da Razão Tupiniquim*. 3. ed. Porto Alegre: Movimento/UFRGS, 1979, p. 32-33.

comtismo ortodoxo ou em suas múltiplas heterodoxias contou com a preferência da intelectualidade do sul do país, em particular Rio, São Paulo e Rio Grande do Sul, enquanto o monismo evolucionista montou seu quartel-general na chamada Escola do Recife (...)".[44] A larga influência do positivismo sobre a intelectualidade brasileira, composta, em sua grande parte, no final do século, por bacharéis e juristas vinculados ao pensamento liberal burguês e formados para exercer altos postos na administração burocrática do Estado, acabou produzindo um ambiente renovador de pesquisa e de sistematização das idéias na Escola do Recife. Esta foi, como já se consignou, o baluarte jurídico mais expressivo de reação às diversas variantes do idealismo jusnaturalista instituído e o núcleo impulsionador básico à codificação da legislação privada no país.[45] Ultrapassando as dimensões do fenômeno jurídico, a Escola do Recife, como lembra Alberto Venâncio Filho, consagrava, ainda no bojo de seu movimento intelectual, a questão da evolução de idéias que sacudiram os horizontes da filosofia, da produção científica e da crítica literária.[46] Certamente que a Escola do Recife[47] enquanto núcleo de polarização cultural constituiu-se, ao lado do positivismo e do catolicismo de Jackson de Figueiredo, "exemplo de um movimento intelectual brasileiro que formou escola e perdurou além da duração dos fundadores".[48] Uma análise detida permite destacar que não é muito fácil identificar um único e sistemático pensamento ideológico norteador da Escola do Recife, pois seu processo histórico-constitutivo é marcado por momentos caracterizadores ("poético-literário", "crítico-filosófico", "jurídico-sociológico") e por perfis biográficos distintos (Tobias Barreto, Sílvio Romero, Artur Orlando, José Isidoro Martins, Clóvis Beviláqua). Se, num primeiro momento, para combater o jusnaturalismo, a metafísica e o ec1etismo espiritualista, incorpora e assimila posturas materialistas, evolucionistas e

---

[44] MACHADO NETO, A. L. "A Filosofia do Direito no Brasil".*In* CRIPPA, Adolpho (org.). *As Idéias Filosóficas no Brasil. Século XX - II Parte*. São Paulo, Convívio, 1978, p. 14; ____. *Idem*, 1969, p. 46.
[45] Cf. NEDER, Gizlene. "O Direito no Brasil. História e Ideologia". *In* L YRA, Doreodó Araújo (org.). *Desordem e Processo*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1986, p. 147-156. Ver, igualmente, da mesma autora: Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.
[46] Cf. VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao Bacharelismo*. São Paulo: Perspectiva, s/d., p. 96.
[47] Destacando seu caráter de "frente" cientificista que se insere no "surto de idéias novas" dos anos 70 do século XIX, Antonio Paim (op. cit., p. 378 e 413) esclarece que a Escola do Recife, conjuntamente com o positivismo, materializou os movimentos culturais mais significativos e complexos: "Sua complexidade advém do fato de que os pensadores que os integram recorrem às correntes inspiradoras estrangeiras a fim de enfrentar e resolver determinados problemas, cuja magnitude advinha de nossa peculiar consubstancialidade. Por essa forma não cabe considerá-los como simples projeções, mas abordá-los de modo autônomo, tomando como referência a obra local e a problemática que suscita. Assim, carece de maior significação batizar a Escola do Recife de *corrente evolucionista* ou contentar-se com a classificação de *positivismo ortodoxo e positivismo dissidente,* elaborada em conformidade com o modelo francês. (...) Nos começos do século, entretanto, o abandono da filosofia pela sociologia, de parte de Sílvio Romero e Artur Orlando, ou pelo Direito, no caso de Clóvis Beviláqua, marcariam o declínio e o desaparecimento da Escola do Recife como corrente filosófica". Ver, igualmente, do mesmo autor: *O Estudo do Pensamento Filosófico Brasileiro.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 57, 1979, p. 63-64.
[48] VENÂNCIO FILHO, Alberto. Op. cit., p. 96.

positivistas, numa etapa posterior, em nome do monismo, do sociologismo e do cientificismo, abandona e contesta o positivismo ortodoxo, principalmente aquele de matriz filosófica francesa.

A supremacia do positivismo jurídico nacional constrói-se no contexto progressivo de uma ideologização representada e promovida pelos dois maiores pólos de ensino do saber jurídico: a Escola do Recife e a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (São Paulo). Produto de concepções consideradas avançadas na Europa, o apelo cientificista do positivismo surgia como discurso hegemônico e uniforme, identificado com os interesses emergentes da burguesia urbana liberal e com as novas aspirações normativas da formação sócio-econômica brasileira daquele momento específico. Neste sentido, é razoável aludir que, diante do conservadorismo projetado pelo jusnaturalismo tomista-escolástico, a nova proposição jurídica delineada pelo positivismo (tanto em sua vertente do monismo evolucionista, quanto na do sociologismo naturalista) representava uma forma de pensamento mais adequada às novas condições econômicas advindas das transformações trazidas pela República. Múltiplas implicações para a cultura jurídica brasileira advêm da irradiação positiva e negativa da Escola do Recife. À parte seus frutos incontestes, de romper com a metafísica e com a lógica imperantes do período colonial, bem como de estimular a modernização das instituições político-legais (Código Civil) e de propelir uma ordenação histórico-sociológica da cultura nacional, impõe-se assinalar sua função ideológica na produção de nova consciência jurídica burguesa laicizada, mas não menos presa, como no paradigma anterior, à mentalidade legal dogmática e à manutenção da ordem vigente em face das transformações por que passava a sociedade, com a derrocada do Império e o aparecimento da República.

Após as primeiras décadas deste século, o processo histórico-evolutivo, motivado por novas e crescentes necessidades, determinaria não só um conseqüente desgaste da epistemologia jurídica naturalista-dogmática de largo impacto modernizador, como, sobretudo, evidenciaria a paulatina insuficiência do discurso cientificista, difundido durante gerações, pela Escola do Recife e por alguns de seus principais teóricos, como Tobias Barreto,[49] Sílvio Romero,[50] Clóvis Beviláqua[51] e, posteriormente, Pontes de Miranda, em sua fase inicial.

---

[49] Transcrevem-se aqui as palavras de A. L. Machado Neto, que apresenta Tobias Barreto (1839-1889) como o "mestiço de extraordinário talento, poeta e orador, jurista, político e filósofo, (...) inegavelmente o líder e orientador do movimento que se abriga sob a rubrica de Escola do Recife. Em sua evolução espiritual, Tobias passa por uma fase predominantemente literária de inspiração hugoana e, dali, a uma predominância dos estudos filosóficos, primeiro sob a influência do ecletismo espiritualista, depois com parcial adesão ao positivismo, volvendo-se já em violenta crítica ao comtismo brasileiro ou estrangeiro, crítica esta feita do ponto de vista de um monismo evolucionista, a princípio inspirado na obra de Haeckel, e, pois, de cunho acentuadamente mecanicista e, mais tarde, por influência de Noiré, transformado ao monismo teleológico que já se permitia alguma influência da gnosiologia kantiana. A fase final de sua vida, Tobias a dedicou predominantemente aos

O declínio da força cultural irradiadora, representada pela Escola do Recife e a expansão de um positivismo ilustrado de cunho comtiano, que expressava a legalidade de uma burguesia cafeeira, repercutem amplamente em alguns autores do centro do país até a primeira metade do século XX. Nas Arcadas do Largo de São Francisco, transformadas pelas condições político-sociais como uma das fontes autênticas do bacharelismo liberal e do formalismo jurídico tradicional, passaram e exerceram prolongada influência os jusfilósofos Pedro Lessa (1859-1921) e João Arruda (1861-1943) que, como críticos das doutrinas metafísicas e propugnadores do estudo científico do Direito sob a óptica de um positivismo ilustrado, contribuíram, como professores de Filosofia do Direito, para a fonnação do imaginário liberal-individualista no ensino e na aplicação do Direito.[52]

Além da inegável importância da Escola do Recife e da Academia do Largo de São Francisco (eixos do iluminismo jurídico tupiniquim), a produção jusfilosófica oficial

---

estudos filosóficos e científicos a propósito do Direito, como uma conseqüência de sua entrada na Faculdade de Direito pela porta de um brilhante concurso (...) Sua obra tem um marcado sentido polêmico, quiça uma reação do mestiço de invulgar talento às restrições da sociedade provincianamente aristocrática e escravista do Recife de seu tempo (...). Em teoria do Direito, Tobias combinava as concepções de Jhering e Hermann Post, que refletiam no direito as teorias de Darwin e Haeckel. Neste campo, produziu numerosas obras, todas elas marcadas pelo rasgo característico de seu espírito polêmico e inovador". *In: Teoria da Ciência do Direito.* São Paulo: Saraiva, 1975, p. 199.

[50] Seguindo as lições do mestre baiano, Sílvio Romero (1851-1914) é o segundo nome mais importante da Escola do Recife: "Historiador da literatura e das idéias, folclorista e sociólogo, polemista e pensador, o pensamento brasileiro muito deve a Sílvio Romero em uma permanente atualização com as idéias vigentes na Europa, combinada harmoniosamente com um também permanente e incansável interesse pelas coisas brasileiras. (...) No âmbito da teoria do Direito, a obra fundamental de Sílvio Romero é o livro titulado *Ensaios de Philosophia do Direito*, obra que escreveu quando professor dessa cátedra em mais de uma faculdade de direito no Rio de Janeiro. Antes, como candidato ao doutorado da Faculdade de Direito do Recife, ficou famosa sua célebre afirmação agressivamente contrária às idéias de seus examinadores jusnaturalistas, de acordo com a qual a metafísica estava morta.

Depois desse cometimento juvenil, Sílvio Romero apartou-se do Direito, volvendo sua atenção para os estudos de história da literatura e das idéias no Brasil e, além disso, para os estudos folclóricos (...). Neste empenho teórico é que Sílvio Romero, em seu compêndio de filosofia jurídica, explica e difunde o espírito novo em filosofia; a sociologia e sua localização entre as ciências; as criações fundamentais e irredutíveis da humanidade e o direito entre elas; a extensão das criações políticas do homem até o Estado e o Direito; os elementos natural, cultural e nacional no Direito e os elementos que o compõem. Como se vê, o sociologismo domina a teoria jurídica de Sílvio Romero, que nos presenteia com uma espécie de sociologia geral do Direito (...)" Op. cit., p. 200-201.

[51] Por fim, a figura do elaborador do Código Civil, Clóvis Beviláqua (1859-]944), reconhecido por A. L. Machado Neto como o maior jurista da Escola do Recife: "É verdade que a parte mais substancial de sua obra se situa no campo do Direito Positivo e não especialmente na teoria do Direito. Porém, ainda neste âmbito, além de uma extensa e cuidada obra histórica sobre a Faculdade de Direito do Recife, publicada em 1927, em comemoração do primeiro centenário de sua fundação, Beviláqua publicou vários livros de ensaios versando temas de filosofia, sociologia e história do direito.

Suas influências teóricas predominantes são Jhering e Post, aquele referindo-se como nada menos que 'o jurista de seu século e do futuro'. De Jhering toma o fim social criador do Direito; e de Post, o naturalismo que faz do Direito uma expressão social das forças de atração e repulsão que governam o cosmos. (...) Sua visão da evolução jurídica é otimista e progressista. (...) Pelo visto, embora fosse um jurista prático de significação internacional, Beviláqua não pôde eludir um influxo sociologista acentuado sobre seu pensamento teórico acerca do Direito. Tal influxo se manifesta mais visivelmente quando afirma que 'a sociologia é quem nos pode dar uma verdadeira concepção do Direito' (...)" *In*: Op. cit., p. 202.

[52] PAIM, Antonio. Op. cit., 1984, p. 457-466, 479-484; NADER, Paulo. Op. cit., p.264-269.

brasileira foi enriquecida, contemporaneamente, por outras idéias e por outros matizes teóricos, distintos, e às vezes isolados, de autores diversos como Francisco Campos, Pontes de Miranda, Djacir Menezes, Hennes Lima, Sílvio de Macedo, Lourival Vilanova, A. L. Machado Neto, Goffredo Telles Júnior, Miguel Reate e, mais recentemente, Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Luiz Fernando Coelho.

Muito mais próximo do Direito Público do que da Filosofia do Direito, Francisco Campos foi o protótipo do jurista que sempre colocou seu saber enciclopédico a serviço das forças mais retrógradas e mais autoritárias que governaram o Brasil (mentor da Constituição ditatorial de Vargas e do Ato Institucional n. 1 do golpismo militar de 1964). Em sua tese Introdução Crítica à Filosofia do Direito (Belo Horizonte, 1918), deixa claro todo seu repúdio a uma deontologia do Direito, fazendo apelo tanto ao positivismo naturalístico quanto à orientação cientificista, delegando à filosofia jurídica um papel meramente fenomenológico.[53]

Provavelmente um dos mais festejados juristas (civilista, processualista, constitucionalista etc.) do século XX tenha sido Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, possuidor de vasta erudição que transcende o Direito Positivo (tanto o Direito Privado quanto o Direito Público) chegando, com competência e profundidade, ao domínio per-feito da filosofia, da sociologia, da política, das ciências naturais etc. Em sua obra essencial sobre a teoria jurídica, Sistema de Ciência Positiva do Direito, procurando conciliar o sociologismo com o empirismo lógico, apresenta o Direito como uma ciência causal descritiva. A natureza sociológica desta ciência normativa é identificada com a logicidade fática e com o formalismo empírico que ordenam as leis da cientificidade. Não resta dúvida de que o rigor técnico de seu pensamento privativista e neopositivista serviu de substrato dogmático para o imaginário retórico e ornamental de juristas e bacharéis por dezenas de geraçoes.[54]

Seguindo os passos e a influência de Pontes de Miranda e do pensamento hegeliano, Djacir Menezes proclama a necessidade da sistematização.da Ciência Jurídica com base na metodologia indutiva, pois o Direito enquanto fenômeno natural só pode ser apreciado epistemologicamente através da observação experimental.[55] A trajetória culturalista de Djacir Menezes passa de um apologismo "pontiano" da primeira fase, para o cultivo ulterior de um hermetismo neo-hegeliano extremamente reacionário. Isso fica notório em seu

---

[53] Cf. MACHADO NETO, A. L. Op. cit., 1969, p. 180-183. Muitas das formulações jurídico-políticas de Francisco Campos podem ser encontradas em: O Estado Nacional. Rio de Janeiro: José Olympio, 1940.
[54] Observar: PONTES DE MIRANDA, F. C. Sistema de Ciência Positiva do Direito. Rio de janeiro: Borsoi. 1972, t. I e II.
[55] MACHADO NETO, A. L. Op. Cito 1969, p. 186-190.

Tratado de Filosofia do Direito, de 1980, cujas incursões por um tecnismo metafísico escamoteiam sua visão elitista da sociedade e do Estado.[56]

Ainda há que se mencionar, num amplo leque de abstrações idealistas e variadas formalizações, as posturas do juridicismo socialista de Hermes Lima, o acentuado egologismo de fundamentação raciovitalista e sociológica de A. L. Machado Neto, o forte apelo do jusnaturalismo neotomista e católico (Armando Câmara, Alceu Amoroso Lima, Alexandre Correia, A. B. Alves da Silva, Benjamim Oliveira Filho, José Pedra Galvão de. Souza, Edgar de Godói da Matta Machado, André Franco Montoro)[57] e a posição original dos juristas do nordeste (o historicismo clássico de Nelson N. Saldanha, o sociologismo de Cláudio Souto e as incursões pela lógica jurídica e pela filosofia da linguagem de Sílvio de Macedo e, principalmente, de Lourival Vilanova).[58] Por fim, a necessária alusão às tendências culturalistas de Paulo Mercadante, Luiz Luisi, Paulo Dourado Gusmão, Renato C. Czema e Miguel Reale.[59]

Concomitante com a crise sócio-econômica que sacudiu a estrutura capitalista da Velha República liberal-positivista e com as contradições sociais decorrentes da emergência dos novos atores no âmbito da dominação política burguesa oligárquica, sobressaíram novas teses como o culturalismo, a conciliação, o nacionalismo de esquerda e o desenvolvimentismo. Essas tendências ideológicas materializadas em fins dos anos 30 (Revolução de 30, Estado Novo, integralismo, nacionalismo conservador, etc.) e ao longo dos anos 40-50 (Segunda Grande Guerra e democratização social do Brasil) deixaram sulcos também na linearidade do pensamento político-jurídico institucionalizado.

Entende-se, assim, a crise que atravessou o positivismo jurídico liberal (em suas vertentes evolucionistas, naturalistas, sociológicas e cientificistas) diante das críticas vigorosas e das renovadoras propostas epistemológicas argüidas pelo ecletismo conciliador e

---

[56] Constatar: MENEZES, Djacir. Tratado de Filosofia do Direito. São Paulo: Atlas, 1980.

[57] Ver: LIMA, Hennes. Introdução à Ciência do Direito. 27. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983; CÂMARA, Armando. "Reflexões sobre a Definição do Valor". Estudos Jurídicos. São Leopoldo: Unisinos, n. 4, 1972; LIMA, Alceu Amoroso. Introdução ao Direito Moderno. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1978; SOUZA, José Pedro Galvão de. Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito. São Paulo: RT, 1977; MATA MACHADO, Edgar de G. da. Elementos de Teoria Geral do Direito. 3. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1986; MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. 20. ed. São Paulo: RT, 1991.

[58] Verificar: SALDANHA, Nelson. O Problema da História na Ciência Jurídica Contemporânea. 2. ed. Porto Alegre: Escola Osvaldo Vergara, 1978; SOUTO, Claudio. Introdução ao Direito como Ciência Social. Brasília: UnB; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1971; MACEDO, Sílvio de. Introdução à Filosofia do Direito. 2. ed. São Paulo: RT,1978; VILANOVA, Lourival. As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo. São Paulo: RT, 1977.

[59] Consultar: MERCADANTE, Paulo. Militares e Civis. A Ética e o Compromisso. Rio de Janeiro: Zahar, 1978; GUSMÃO, Paulo Dourado. O Pensamento Jurídico Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 1955; CZERNA, Renato Cirell. Ensaios de Filosofia Jurídica e Social. São Paulo: Saraiva, 1965; REALE, Miguel. Horizontes do Direito e da História. São Paulo, Saraiva, 1956; _. Filosofia do Direito. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

pela retórica culturalista introduzidas na esfera da teoria jurídica.[60] O Culturalismo Jusfilosófico, que teve grande impulso no Brasil após a Segunda Grande Guerra, inspirando-se em Kant e considerando-se herdeiro de Tobias Barreto, busca reorientar as diversas tradições filosóficas nacionais rumo a uma interlocução e entrada nos valores, na pluralidade e no mundo da cultura. Sob I a' condução de Miguel Reale e integrado por muitos pensadores, dentre os quais Luiz Washington Vita, Renato Cirell Czerna, Djacir Menezes, Paulo Mercadante, Nelson Saldanha e Antonio Paim, a corrente culturalista fundou o Instituto Brasileiro de Filosofia (mF), que se projetou como - “instituição devotada a promover o diálogo entre as diversas correntes de filosofia existentes no país”. Desde então, enquanto, filosoficamente, a Escola Culturalista de São Paulo incorporou posições conectadas com a problemática axio-lógica e com o transcendentalismo neokantiano (sem deixar de estar aberta e incluir outras direções, como o próprio idealismo historicista de Cirell Czerna ou o hegelianismo de Djacir Menezes), politicamente alguns de seus membros gradualmente propenderam, não só para recuperar, mas, sobretudo, para alinhar-se com a tradição liberal brasileira.

Ora, se nas últimas décadas o Culturalismo Jusfilosófico tem-se identificado com posturas idealistas, ecléticas e liberais (com um perfil ideológico conservador), não cabe desmerecê-lo, pois na metade do século se projetara como alternativa crítica ao jusnaturalismo metafísico e às variantes dogmáticas do positivismo cientificista que atravessavam os cursos jurídicos do país.

Provavelmente a crítica mais incisiva e mais séria à realidade de exaurimento e de derrocada do naturalismo jurídico-sociológico, enquanto estatuto epistemológico hegemônico, foi a tese de teor culturalista desenvolvida em Fundamentos do Direito, apresentada por

[60] A corrente do Culturalismo Jurídico nutrida por um certo historicismo relativista tem, no dizer de Paulo Dourado Gusmão, como referência inicial, a caracterização de "origem kantiana entre natureza, valor e cultura. A cultura, como objetivação de valores ou sentidos, exige, segundo os defensores desse posicionamento, método de conhecimento diverso do empregado nas ciências físico-naturais. O direito, para essa corrente, pertence ao reino da Cultura, e não ao da Natureza (physis). Está no mundo construído pelo Homem, através da História, em uma sociedade e civilização, carregado de 'sentido'. Por tal motivo, o seu conhecimento depende de metodologia própria, diversa da específica das ciências físico-naturais, interessadas em explicar os fenômenos por suas causas, enquanto as ciências culturais, em compreendê-Ios por seus 'sentidos' ou 'valores' (u.). Por isso, o Direito não faz parte da 'Natureza', nem é exclusivamente 'valor', pois pertence à 'Cultura', ou seja, ao reino construído pelo Homem Legislador, jurista, particulares), em função de uma situação histórico-social, realizando um 'valor' para alcançar satisfatoriamente uma finalidade. (...) Na América Latina, o culturalismo jurídico se fu1nou não só com Recaséns Siches (teoria vitalista do direito), como também com Carlos Cossio (teoria egológica do direito) e com Miguel Reale (teoria tridimensional do direito)". *In*: Introdução ao Estudo do Direito, 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 412-414.
Igualmente, Luiz Femando Coelho chama a atenção para o fato de que o Culturalismo Jurídico privilegia aqueles valores específicos do Direito que são basicamente plurilaterais: "Alguns desses valores assumem maior importância sob o influxo de conteúdos ideológicos em diferentes épocas e também conforme a problemática social de cada tempo e lugar." *In*: Teoria da Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 60.

Miguel Reale, em 1940, no concurso para a cátedra de Filosofia do Direito.[61] Tratava-se de nova visão do fenômeno jurídico, moldada na aglutinação e na sistematização de uma tridimensionalidade assentado no fato (sociologismo), no valor (idealismo) e nà norma (formalismo). Realmente, desde os anos 50, quando amadurece sua epistemologia jurídica tridimensional e promove o desenvolvimento de um núcleo de pensadores culturalistas das mais distintas orientações (em tomo do qual surgem não só o Instituto Brasileiro de Filosofia, mas, igualmente, a Revista Brasileira. de Filosofia), Miguel Reale torna-se, indiscutivelmente, o mais importante expoente da cultura jusfilosófica brasileira.[62] O culturalismo de Miguel Reale procurou superar as limitações das epistemologias idealistas e empírico-fonnais, integrando, dinamicamente, os pressupostos nonnativos com o elemento fático e o elemento axiológico, e inserindo, a partir de um realismo (ontognoseologia) de matiz kantiano, a experiência da normatividade jurídica no mundo da cultura.[63] Se, num primeiro momento, o tridimensionalismo de Miguel Reale foi um pensamento renovador em relação ao positivismo ortodoxo e aos múltiplos reducionismos formalistas, decorridas algumas décadas, acaba transformando-se numa proposta jurídica sem alcance transformador e sem muita eficácia para as novas necessidades de regulamentação social e para os objetivos político-jurídicos de uma sociedade de desenvolvimento tardio do Capitalismo periférico, como a brasileira deste final de século XX. A integração culturalista dos fatores "fático-axiológico-normativo" não descaracteriza, na totalidade de sua essência, o fenômeno jurídico com uma certa espécie atenuada e idealista de formalismo legal. Discorrendo sobre tal problemática, Clemerson Cleve procura demonstrar, com razão, que o saber jurídico em Miguel Reale "...continuará sendo um saber normativo, ligado à normatividade do Direito Positivo. Entretanto, diferente do que acontecia em Kelsen, para quem o Direito apenas estudava as normas (cabendo à sociologia, os fatos, e à filosofia, os valores), a dialética realeana (a qual ele chama de dialética de implicação-polaridade) não separa a realidade do Direito em domínios estanques. (...) O tridimensionalismo realeano ultrapassa o formalismo positivista, incorporando, à esfera

---

[61] Cf. CAVALCANTI FILHO, Theophilo. "Papel Desempenhado por Fundamentos do Direito na Filosofia Jurídica Nacional". In: REALE, Miguel. Fundamentos do Direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/EDUSP, 1972. p. XXI-LVI.
Aspectos da formação e evolução do pensamento jusfilosófico de Miguel Reale, consultar: Miguel Reale na Universidade de Brasília. Brasília: UnB, 1981 (coleção Itinerárias);___. Memórias. V. I e II. São Paulo: Saraiva, 1986/88.
[62] Sobre a importância da obra de Miguel Reale na cultura brasileira, ver: CAVALCANTI, Teófilo. (Org.). Estudos em Homenagem a Miguel Reale. São Paulo: Revista dos Tribunais/EDUSP, 1977; VITA, Luiz Washington. Op. cit., p. 116-120; MACHADO NETO, A. L. Op. cit., 1969, p. 219-225; ACERBONI, Lidia. Op. cit., p. 70-78; NADER, Paulo. Op. cit., p. 269-274; MENDES, Antonio Celso. Op. cit., p. 98-100.
[63] Cf. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A Ciência do Direito: Conceito. Objeto. Método. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 136-138. Para maior comprovação, verificar: REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

do saber jurídico, elementos dispensados pela depuração de Kelsen".[64] Além da hegemonia e da incisiva influência do culturalismo axiológico de Miguel Reale na formação jusfilosófica de várias gerações, cabe registrar, a partir do final dos anos 70 e início dos anos 80, algumas contribuições teóricas que vão desde o idealismo disfarçado até o rigor de distinções de alcance analítico, sociológico e zetético, todas marcadas pelo enfoque antidogmático, como o formalismo retórico da teoria da decisão jurídica de Tércio Sampaio Ferraz, o sociologismo estrutura/funcionalista de José Eduardo Faria, o culturalismo fenomenológico de Luiz Fernando Coelho, as tendências epistêmicas de base semiológico-discursiva de Luiz Alberto Warat e as proposições juspsicanalíticas de Agostinho Ramalho Marques Neto.[65]

Naturalmente, é significativo ter a percepção correta da predominância de um "senso comum teórico" tradicional - quer seja jusnaturalista, quer seja positivista, ambos em suas múltiplas variantes -, quando se procede a uma reflexão crítico-desmitificadora das origens, da evolução e da funcionalidade do pensamento jusfilosófico brasileiro.

Não sem razão, nesse sentido, assevera José Eduardo Faria que a cultura jurídica brasileira é marcada por "...uma visão formalista do Direito, destinada a garantir valores burgueses e insistindo em categorias formuladas desde a Revolução Francesa (como, por exemplo, a univocidade da lei, a racionalidade e a coerência lógica dos ordenamentos, a natureza neutra, descritiva e científica da dogmática etc.), reproduz um saber jurídico ret6rico, cuja superação é de difícil consecução, pois é justificadora e mantenedora do sistema político, entreabrindo a visão do Direito apenas como um instrumento de poder. Daí, por extensão, seus princípios fundamentais se identificarem com um dogmatismo que pressupõe verdades perenes e imutáveis, capazes de exercer o controle social sem sacrifício de sua segurança e aparente neutralidade".[66]

Tais asserções possibilitam avançar na reflexão de que o conhecimento, a produção e o discurso jurídico reinantes no Brasil, normalmente calcados na lógica da racionalidade técnico-formal e nos pressupostos dogmáticos do cientificismo positivista, não respondem mais com eficácia às reivindicações e às necessidades da etapa de desenvolvimento sócio-econômico e dos parâmetros de evolução das instituições políticas da sociedade periférica brasileira.

---

[64] CLINE, Clemerson M. O Direito e os Direitos. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 73-74.

[65] Maiores detalhes, consultar: FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Função Social da Dogmática Jurídica. São Paulo: RT, 1980; ____. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Atlas, 1988; FARIA, José Eduardo. Eficácia Jurídica e Violência Simbólica. São Paulo: EDUSP, 1988; COELHO, Luiz Fernando. Lógica Jurídica e Interpretação das Leis. Rio de Janeiro: Forense, 1981; WARAT, Luiz Alberto e colaboradores. O Direito e sua Linguagem. 2. versão. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984; MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. "Sujeitos Coletivos de Direito: Pode-se Considerá-los a partir de uma Referência à Psicanálise?". Palavração. Revista de Psicanálise. Curitiba: Bib. Freudiana de Curitiba, n. 2, out. 1994, p. 149-166.

[66] FARIA, José Eduardo. Sociologia Jurídica: Crise do Direito e Práxis Política. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 182.

Na verdade, o pensamento jurídico nacional em menos de uma década, além de manter e reproduzir suas grandes matrizes - idealismo e formalismo -, costumeiramente legitimadoras e encobridoras do Direito oficial e das estruturas de poder, não pode ficar imune a formulações epistemológicas e metodol6gicas advindas das mudanças e dos avanços paradigmáticos nas ciências humanas. Reconhece, a esse propósito, Antonio Carlos Mendes que “o discurso tradicional da experiência jurídica não poderia continuar o mesmo (...) com o aprofundamento da sociologia marxista e weberiana, bem como das novas bases epistemológicas de fundamentação do discurso das ciências, com Bachelard, Foucault e Popper, entre outros, (...). Dessa forma, foi tomando corpo, entre os jusfilósofos, a consciência cada vez mais nítida do papel conservador e quase sempre reacionário que a ciência jurídica tradicional, cristalizada sob a forma dogmática, desempenha no processo de legitimação (...)”.[67] Justifica-se, assim, colocar em discussão, articular e operacionalizar um projeto de cunho crítico-interdisciplinar no Direito, ainda que se reconheçam as dificuldades de sua elaboração política e epistemológica.

Evidentemente que uma filosofia jurídica motivadora do desmascaramento das contradições entre as classes sociais e da ruptura com a tradição legalista vigente não deve ter o caráter destrutivo ou niilista, mas se impõe e adquire legitimidade, tomando-se a instância estimuladora de novos mecanismos, implementadores de avanços e soluções para a presente historicidade.[68]

As novas tendências paradigmáticas que compõem o que se convencionou chamar de “pensamento crítico” ou de “crítica jurídica”[69] rompem e desmitificam as dimensões político-ideológicas que sustentam a racionalidade do dogmatismo juspositivista contemporâneo. Mesmo que essas concepções jusfilosóficas contestatórias se estruturem em suportes epistemológicos distintos (análise sistêmica, dialética, semiológica e psicanalítica), todas se intertextualizam numa ampla frente de “crítica jurídica”, interligadas pela identificação mínima de alguns de seus pressupostos comuns. Daí que tais correntes produzidas a partir de perspectivas metodológicas distintas apresentam finalidades relativamente compatíveis, porquanto se aproximam quando denunciam as funções político-ideológicas do normativismo estatal, quando apontam as falácias e as abstrações técnico-

---

[67] MENDES, Antonio C. Op. cit., p. 134.
[68] Cf. WOLKMER, Antonio C. Op. cit., 2001, p. 79-81.
[69] As expressões "pensamento crítico" ou "crítica jurídica" usadas, aqui, como sinônimas, referem-se à formulação "teórico-prática" que se revela sob a forma do exercício reflexivo (operacionalizar uma nova mentalidade) capaz de questionar o que está ordenado e oficialmente consagrado (no conhecimento, no discurso e no comportamento) em uma dada formação social e a possibilidade de conceber outras formas diferenciadas, emancipadoras e pluralistas de prática jurídica. Cf. WOLKMER, A. C. Op. cit., p. 18.

formalistas dos discursos legais, quando questionam "as bases epistemológicas que comandam a produção tradicional da ciência jurídica", dessacralizando as "crenças teóricas dos juristas em torno da problemática da verdade e da objetividade", recolocando, por fim, "o Direito no conjunto das práticas sociais que o determinam (...)".[70] Como conseqüência desse processo histórico da crescente produção jurídica filosófica e sociológica, na teoria e na práxis social, emerge uma plêiade de novos e críticos juristas brasileiros.

Nesse horizonte, sob o aspecto da atual produção teórico-prática, verifica-se a destacada presença, nas últimas duas décadas, de operadores e professores do Direito como, dentre tantos, Roberto Lyra Filho, José Geraldo de Souza Júnior, José Reinaldo de L. Lopes, Roberto A. R. de Aguiar, Tarso Fernando Genro, Agostinho Ramalho Marques Neto, Edmundo de Lima Arruda Jr., João Maurício Adeodato, Willis Santiago Guerra Filho.[71] Em suma, repensar seriamente a trajetória da cultura jusfilosófica tradicional no Brasil, como têm feito estes e outros intérpretes, desperta para a construção de um pensamento crítico-interdisciplinar, marcado por uma racionalidade jurídica emancipadora e por uma ética da alteridade, expressão de novas práticas sociais participativas.

Evidenciaram-se nesta obra, sem pretensão de exaurir a complexidade temática, uma descrição crítica e uma releitura sócio-política de determinados ângulos do processo histórico-evolutivo da cultura jurídica no Brasil, levando em conta seus grandes "ciclos" demarcadores, percorridos durante a Colônia, o Império e a República.

Demonstrou-se, desde seus primórdios, que a matriz jurídica trazida e imposta às colônias da América Latina, como o Brasil, advém da implantação e adequação das fontes históricas luso-romanísticas, bem como do processo posterior de assimilação do legado institucional regulador colonialista ibérico, para uma estrutura social dependente e periférica. Particularmente durante o período da colonização portuguesa, prevaleceu a reprodução de um aparato jurídico-repressivo patrimonialista compatível com a organização produtiva escravista, ao passo que, com a Independência do país e o rompimento com a Metrópole, forjaram-se as condições para que uma elite nacional, mantendo o controle sobre a economia de exportação, incorporasse e difundisse os princípios de uma tradição jurídica, formalmente

---

[70] Cf. WOLKMER, Antonio C. Op. cit., 2001, p. 80-81. WARAT, Luíz Alberto. A Pureza do Poder. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1983, p. 39.

[71] Ver: LYRA FILHO, Roberto. O Que é Direito. São Paulo: Brasiliense, 1982; SOUZA Jr., José Geraldo de. Para uma Crítica do. Eficácia do Direito. Porto Alegre: Sérgio Fabis, 1984; MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A Ciência do Direito: Conceito, Objeto, Método. Rio de Janeiro: Forense, 1982: LOPES, José Reinaldo de L. Direito, Justiça e Utopia. Rio de Janeiro: AJUP/FASE, 1988; ARRUDA Ir., Edmundo de L. Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa. São Paulo: Acadêmica, 1993; ADEODATO, João Maurício L. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 1996; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria do. Ciência Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2001.

dogmático-positivista e retoricamente liberal-individualista, sem deixar de ser exc1udente. Não resta dúvida de que o nascedouro da produção jurídica no Brasil está profundamente amarrado a um passado econômico colonial e à implantação de um sistema sócio-político discriminador, marcado por uma historicidade "conciliadora" e por um nível de desenvolvimento nem sempre compatível com as necessidades e exigências do país. Certamente, é na origem mercantilista, absolutista e contra-reformista da formação social portuguesa que se podem buscar, ainda que remotamente, os primeiros fatores geradores de uma tradição político-jurídica burocrática, individualista, erudita e legalista.

Constatou-se, assim, que a imposição e o favorecimento dos pressupostos do Direito alienígena, além de discriminar grande parte da própria população nativa, desconsiderava as práticas costumeiras de um Direito autóctone, largamente exercidas em incontáveis comunidades de índios e populações negras escravizadas. Naturalmente, tratava-se dos traços reais de uma tradição subjacente e marginalizada de experiências jurídicas informais, que não chegaram a influenciar, tampouco foram reconhecidas e incorporadas pela legalidade oficial. Sufocaram-se, assim, as tradições de um Direito nacional mais autêntico, proveniente das comunidades indígenas, em função do Direito estrangeiro, trazido pelo colonizador, e que não expressava as genuínas aspirações da população nativa que aqui vivia. A especificidade do processo favoreceu a dinâmica de um mimetismo cultural que, ao mesmo tempo que absorveu e integralizou, acabou distorcendo as matrizes formadoras, tanto o idealismo jusnaturalista, como o formalismo positivista. Isso possibilita repensar as formas de representação acerca do tipo de "jusnaturalismo" e "juspositivismo" que se teve. Incentivaram-se o ecletismo e o paradoxo da internalização inicial de conceitos e diretrizes chaves, mas sem vivenciar, posteriormente, uma correta reprodução do referencial inspirador; mesmo frente à ruptura, a situação direcionou-se pela ausência de uma variante autônoma, acabada e plenamente eficaz.

Em tal cenário de produção jurídica personalista; ritualista e erudita, quer o magistrado português do período colonial, que servia aos interesses da Metrópole, quer o bacharel-jurista dos séculos XIX e XX, paladino dos intentos das elites agrárias locais, mesmo vivendo em momentos distintos, desempenharam papéis de destaque na constituição, na ordenação e na distribuição do poder. A isso há que se acrescer menção ao divórcio entre as necessidades mais imediatas da população do campo e da cidade e o proselitismo acrítico da neutralidade e da moderação política, dos operadores da lei, nos limites de um espaço configurado por privilégios econômicos e profundas desigualdades sociais.

No processo de formação de nossas instituições destacou-se a estranha e contraditória confluência, de um lado, da herança colonial burocrático-patrimonialista,

marcada por práticas nitidamente conservadoras; de outro, de uma tradição liberal que serviu e sempre foi utilizada, não em função de toda a sociedade, mas no interesse exclusivo de grande parcela das elites hegemônicas detentoras do poder, da propriedade privada e dos meios de produção da riqueza. Destarte, a produção jurídica brasileira esteve quase sempre associada ao resguardo e à satisfação dos intentos das minorias oligárquicas pouco democráticas, individualistas e subservientes às forças e imposições do mercado internacional. Isso permite compreender que o Direito oficial nem sempre representou o genuíno espaço de cidadania, de participação e das garantias legais para grande parte da população. A prática do Direito oficial do Estado ensejou longo processo histórico em que a sociedade brasileira viveu permanentemente a fome, a exclusão e a carência de justiça.

Assim, a constituição estrutural dessa cultura jurídica beneficiou, de um lado, a prática do "favor", do clientelismo, do nepotismo e da cooptação; de outro, introduziu um padrão de legalidade inegavelmente formalista, retórico, eclético e ornamental. Incluindo suas características individualistas, antipopulares e não-democráticas, o liberalismo brasileiro haveria de ser contemplado igualmente por seu incisivo traço "juridicista". Ademais, o cruzamento entre individualismo político e formalismo legalista delineou politicamente a montagem do cenário principal de nosso Direito: o bacharelismo liberal.

Em suma, a conclusão que se pode extrair desta perspectiva histórica e da releitura questionadora das "idéias" e das "instituições jurídicas" é a imediata necessidade de articular, na teoria e na prática, um projeto crítico de reconstrução democrática do Direito. Por conseqüência, redefinir essa trajetória de "idéias" e "instituições jurídicas" (públicas/privadas) no Brasil envolve, concretamente, a problematização e a ordenação pedagógica de estratégias efetivas - fundadas na democracia, no pluralismo e na interdisciplinaridade - que conduzem a uma historicidade social do jurídico, capaz de formar novos operadores e juristas orgânicos, comprometidos com a superação dos velhos paradigmas e com as transformações das instituições arcaicas, elitistas e não-democráticas. Uma cultura jurídica que reflita "idéias" e "instituições", sintonizada com anseios e aspirações dos sujeitos sociais e dos cidadãos de nova juridicidade.

BIBLIOGRAFIA

ACERBONI, Lidia. A Filosofia Contemporânea no Brasil. São Paulo: Grijalbo, 1969.

ADEODATO, João Maurício L. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 1996.

ADORNO, Sérgio. Os Aprendizes do Poder. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

AGUIAR, Roberto A. R. de. A Crise da Advocacia no Brasil. São Paulo: Alfa-Omega, 1991.

_______________. "O Imaginário dos Juristas". In: Revista de Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, n° 2, 1993.

ALBUQUERQUE, Manoel Maurício de. Pequena História da Formação Social Brasileira. Rio de Janeiro: Graal, 1981.

ALFONSIN, Jacques Távora et alii. Negros e Índios no Cativeiro da Terra. Rio de Janeiro: AJUPIFASE, 1989.

ALMEIDA, Rita Heloísa de. O Diretório dos Índios: Um Projeto de Civilização no Brasil do Século XVIII. Brasília: UnB, 1997.

ANDERSON, Perry. Considerações sobre o Marxismo Ocidental. Porto: Afrontamento, s/d.

ARRUDA JR., Edmundo de L. Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa. São Paulo: Acadêmica, 1993.

BARCELLONA, Pietro. Diritto Privato e Società Moderna. Napoli: Jovene Editore, 1996.

BERMAN, Harold J. IA Formación de la Tradición Jurídica de Occidente. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

BESSA, Paulo. Uma Nova Introdução ao Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1986.

BESSELAAR, José Van Den. Introdução aos Estudos Históricos. 3. ed. São Paulo: Herder, 1970.

BEVILÁQUA, Clóvis. "Instituições e CostÍlmes Jurídicos dos Indígenas Brasileiros ao Tempo da Conquista". In: Souza Filho, Carlos Marés. Textos Clássicos sobre o Direito e os Povos Indígenas. Curitiba: Juruá, 1994.

BICUDO, Hélio P. O Direito e a Justiça no Brasil. São. Paulo: Símbolo, 1978.

BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOSCHI, Caio C. "As Visitas Diocesanas e a Inquisição na Colônia". Revista Brasileira de História. São Paulo: V. 7, n° 14, p. 151-184, mar.lago. 1987.

BOSI, Alfredo. Dialética da Colonização. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

BOURDÉ, Guy e MARTIN, Hervé. As Escolas Históricas. SII: Publicações Europa-América, sld.

BRUIT, Héctor Heman. Bartolomé de /as Casas e a Simulação dos Vencidos. Campinas: Unicamp; São Paulo: Iluminuras, 1995.

BRUXEL, Arnaldo. Os Trinta Povos Guaranis. 2. ed. Porto Alegre: EST/Nova Dimensão, 1987.

BURKE, Peter. A Escola dos Annales -1929/1989. 2. ed. São Paulo: UNESP, 1992.

(org.). A Escrita da História: Novas Perspectivas. São Paulo: UNESP, 1993.

CALMON, Pedro. História da Civilização Brasileira. 2 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1975. .

CÂMARA, Armando. "Reflexões sobre a Definição do Valor". Estudos Jurídicos. São Leopoldo: Unisinos, n. 4,1972.

CAMPOS, Francisco. O Estado Nacional. Rio de Janeiro: José Olympio, 1940.

CARDOSO, Ciro Flamarion S. e V AINFAS, Ronaldo (Orgs.). Domínios da História: Ensaios de Teoria e Metodologia. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

CARR, E. H. Que é História? Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

CARRION, Eduardo K. "A nova constituição (11)". DS. Porto Alegre, 10.11.1989.

_______________. Estado, Partidos e Movimentos Sociais. Porto Alegre: Edipaz, 1985.

CARVALHO, Amilton B. Magistratura e Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, 1992.

CARVALHO, José Murilo. A Construção da Ordem: A Elite Política Imperial. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

CA V ALCANTI FILHO, Theophilo. "Papel Desempenhado por Fundamentos do Direito na Filosofia Jurídica Nacional" .In: REALE, Miguel. Fundamentos do Direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/EDUSP, 1972.

CAVALCANTI, Te6filo (org.). Estudos em Homenagem a Miguel Reale. São Paulo: Revista dos TribunaislEDUSP, 1977.

CERUTI GULDBERG, Horácio. Filosofia de la Liberación Latinoamericana. México: Fondo de Cultura Económica, 1983.

CLEVE, Clemerson M. O Direito e os Direitos. São Paulo: Acadêmica, 1988.

CHACON, Vamireh. Da Escola do Recife ao Código Civil. Rio de Janeiro: Simões, 1969.

CHASE-SARDI, Miguel. El Derecho Consuetudinario Indigena y su Bibliografia Antropológica en el Paraguay. Asunción: Biblioteca Paraguaya de Antropología, 1990.

COELHO, Luiz Femando. Teoria da Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 1974.

_______________. Lógica Jurídica e Interpretação das Leis. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COLAÇO, Thais Luzia. “O Direito Guarani Pré-Colonial e as Missões Jesuíticas: A Questão da Incapacidade Indígena e da Tutela Religiosa”. Tese de Doutorado em Direito. Florianópolis: CPGDIUFSC, 1998,468p.

_______________. COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO/SP. O Índio e a Cidadania. São Paulo: Brasiliense, 1983.

CORRADlNI, Domenico. Historicismo y Pqliticidad del Derecho. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1982.

CRUZ COSTA, João. Contribuição à História das Idéias no Brasil. Rio de Janeiro: José Olympio, 1956.

CUNHA, Luiz Antonio. A Universidade T emporã: O Ensino Superior da Colônia à Era Vargas. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

CUNHA, Manuela Carneiro. Os Direitos do lndio. Ensaios e Documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CZERNA, Renato Cirell. Ensaios de Filosofia Jurídica e Social. São Paulo: Saraiva, 1965.

DÍAZ, Elías. Sociología Filosofia del Derecho. Madrid: Taurus, 1980.

DOSSE, François. A História em Migalhas: dos “Annales” à “Nova História”. São Paulo: Ensaios, 1992.

DOWBOR, Ladislau. A Formação do Capitalismo Dependente no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1982.

DUSSEL, Enrique. 1492: O Encobrimento do Outro (A Origem do “Mito da Modernidade”). Petrópolis: Vozes, 1993.

DUTRA, Pedro. Literatura Jurídica no Império. Rio .de Janeiro: Topbooks, 1992.

ENTERRÍA, Eduardo Garcfa de. La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Público Europeo Trans la Revolución Francesa. Madrid: Alianza, 1994.

FALCÃO, Joaquim de. Os Advogados: Ensino Jurídico e Mercado de Trabalho. Recife: FIN/Massangana, 1984.

FANON, Frantz. Os Condenados da Terra. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder. Porto Alegre: Globo, 1979.

_______________. In: “A Aventura Liberal numa Ordem Patrimonialista”. In: Revista da USP.

Dossiê Liberalismo/Neoliberalismo. São Paulo: n. 17, mar./abr./maio 1993.

_______________. Existe um Pensamento Político Brasileiro? São Paulo: Ática, 1994.

FARIA, José Eduardo. Sociologia Jurídica: Crise do Direito e Práxis Política. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_______________. Eficácia Jurídica e Violência Simbólica. São Paulo: EDUSP, 1988.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Função Social da Dogmática Jurídica. São Paulo: RT, 1980.

_______________. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Atlas, 1988.

FERREIRA, WaIdemar. O Direito Público Colonial do Estado do Brasil sob o Signo Pombalino. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1960.

_______________. História do Direito Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1962.

FIGUEIRA, Eliseu. Renovação do Sistema de Direito Privado. Lisboa: Caminho, 1989.

FLORES, AIberto Vivar. Antropologia da libertação Latino-americana. São Paulo: Paulinas, 1991.

FLORES, Moacyr. Colonialismo e Missões Jesuíticas. Porto Alegre: ESTIICHRS, 1983.

FLORY, Thomas. El Juez de Paz)' el Jurado en el Brasil Imperial. 1808-1871. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

FREITAS, Décio. Palmares, a Guerra dos Escravos. 5. ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1987.

_______________. Escravidão de Índios. e Negros no Brasil. Porto Alegre: ESTIICP, 1980.

FURTADO, Celso. Formação Econômica do Brasil. 18. ed. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1982.

GALGANO, Francesco. Il Diritto Privato Fra Codice e Costituzione. 2 ed. Bologna: Zanichelli, 1983.

GAMBINI, Roberto. O Espelho Índio: Os Jesuítas e a Destruição da Alma Indígena.

Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1994.

GANDINI, Raquel C. Tecnocracia, Capitalismo e Educação em Anísio Teixeira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

GARCIA, Rodolfo. Ensaios sobre a História Política e Administrativa do Brasil (1500-1810). Rio de Janeiro: José Olympio, 1956.

GEERTZ, Clifford. A Interpretação das Culturas. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

GILISSEN, John.lmrodução Histórica ao Direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.

GINSBURG, Carlo. O Queijo e os Vermes. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

GOMES, Orlando. A Crise do Direito. São Paulo: Max Limonad, 1955.

_______________. Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro. Salvador: Livraria Progresso/Universidade da Bahia, 1958.

_______________. Introdução ao Direito Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

GOMES, Roberto. Crítica da Razão Tupiniquim. 3. ed. Porto Alegre: Movimento/UFRGS, 1979.

GONZAGA, João Bemardino. O Direito Penal Indígena: À Época do Descobrimento do Brasil. São Paulo: Max Limonad, s/do GRINBERG, Keila. Liberata - A Lei da Ambigüidade: As Ações de Liberdade da Corte de Apelação do Rio de Janeiro, no Século XIX. Rio de Janeiro: Relume-Dumara, 1994.

GUERRA ALHO, Willis Santiago. Conceitos de Filosofia. Fortaleza: Casa José de Alencar, 1996.

GUSMÃO, Paulo Dourado. O Petisamemo Jurídico Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 1955.

_______________. Introdução ao Estudo do Direito. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. . Introdução ao Estudo do Direito. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

HAUBERT, Maxime. Índios e Jesuítas no Tempo das Missões. São Paulo: Companhia das Letras/Círculo do Livro, 1990.

HERRERO, Beatriz Fernández. La Utopía de América: Teoria, Leyes, Experimentos. Barcelona: Anthropos, 1992.

HESPANHA, Antonio M. A História do Direito na História Social. Lisboa: Livros Horizontes, s/do . História das Instituições. Coimbra: Almedina, 1982.

_______________. "Nova História e História do Direito".ln: Vértice. Coimbra, V. 46, n° 470/472 (abr.ljun. 1986), p. 17-33.'

_______________. Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia. SII: Publicações Europa América, 1997.

HOORNAERT, Eduardo. "Teologia e Ação Pastoral em Antonio Vieira S,J.: 16521661". In: História da Teologia na América Latina. São Paulo: Paulinas, 1981.

IANNI, Octávio. A Idéia de Brasil Moderno. São Paulo: Brasiliense, 1992. .

JAEGER, Wemer. Paidea. A Formação do Homem Grego. São Paulo: Martins Fontes, 1979.

KALLSCHEUER, Ono. “Marxismo e Teorias do Conhecimento” In: HOBSBA WM, Eric I. (org.). História do Marxismo. O Marxismo Hoje. Segunda Parte. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, v. 12.

KERN, Amo Alvarez. Missões: Uma Utopia Política. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1982.

KOERNER, Andrei. O Poder Judiciário na Constituição da República. São Paulo: Dissertação de Mestrado em Ciência Política - USP, 1992.

LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. EI Derecho como Arma de Liberación en América Latina. México: Centro de Estudios Ecuménicos, 1984.

_______________. Del Pensamiento Jurídico Contemporáneo. Aportaciones Críticas. México: Escuela Libre de Derecho, 1992.

LACERDA, Antonia Denise. Os Direitos Sociais e o Direito Constitucional Brasileiro.

Dissertação de Mestrado em Direito. Florianópolis: CPGD/UFSC, 1995.

LACOMBE, Américo Jacobina. “A Cultura Jurídica”. In: História Geral da Civilização Brasileira. T. II. O Brasil Monárquico. HOLANDA, Sérgio Buarque de (dir.). São Paulo: Difel, 1976, v. 3.

LAS CASAS, Frei Bartolomé de. O Paraíso Destruído. Brevíssima Relação da Destruição das Indias. 5. ed. Porto Alegre: L & PM, 1991.

LE GOFF, Jacques. História e Memória. 3 ed. Campinas: Unicamp, 1994.

LE GOFF, Jacques, LE ROY LADURIE, Emmanuel et alii. História e Nova História. Lisboa: Teorema, 1986.

LEAL, Victor Nunes. Coronelismo. Enxada e Voto. 4. 00. São Paulo: Alfa-Omega, 1978.

LEITE, Pe. Serafim. História da Companhia de Jesus no Brasil. 9ts., LisboalRio de Janeiro: INL, 1949.

LEON-PORTILHA; Miguel. A Conquista da América Latina Vista pelos Índios. 4. 00. Petrópolis: Vozes, 1991.

LIMA, Alceu Amoroso. Introdução ao Direito Moderno. 3. 00. Rio de Janeiro: Agir, 1978.

LIMA, Hermes. Tobias Barreto: A Época e o Homem. 2. 00. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957.

_______________. Introdução à Ciência do Direito. 27. 00. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

LIMA, Roberto Kant de. Tradição Inquisitorial no Brasil, da Colônia à República: da Devassa ao Inquérito Policial”. Revista Religião e Sociedade. 16/1-2, 1992, p. 96-113.

LOPES, José Reinaldo de L. Direito, Justiça e Utopia. Rio de Janeiro: AJUPIFASE, 1988.

LOPEZ, Luiz Roberto. História do Brasil Contemporâneo. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1980.

LUCAS, Fábio. Conteúdo Social nas Constituições Brasileiras. Belo Horizonte: Faculdade de Ciências Econômicas da UFMG, 1959.

LUGON, C. A República "Comunista" Cristã dos Guaranis. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

LYRA FILHO, Roberto. O Que é Direito. São Paulo: Brasiliense, 1982.

MACEDO, Sílvio de. Introdução à Filosofia do Direito. 2. ed. São Paulo: RT, 1978.

MACHADO NETO, A..L. História das Idéias Jurídicas no Brasil. São Paulo: Grijabo/EDUSP, 1969.

________________. Teoria da Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 1975.

________________. "A Filosofia do Direito no Brasil". In: CRIPPA, Adolpho (org.). As Idéias Filosóficas no Brasil. Século XX - II parte. São Paulo: Convívio, 1978.

________________. Sociologia Jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979:

MACHADO, Maria Helena P. T. Crime e Escravidão: Trabalho, Luta e Resistência nas Lavouras Paulistas -1830-1888. São Paulo: Brasiliense, 1987.

MACRIDIS, Roy. Ideologias Políticas Contemporâneas. Brasília: UnB, 1982.

MALINOWSKI, Bronislaw. Uma Teoria Científica da Cultura. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

MANNHEIM, Karl. "O Pensamento Conservador". In: MARTINS, José de Souza

________________. (org.). Introdução Critica à Sociologia Rural. São Paulo: Hucitec, 1986.

MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos F. "índios e Direito: ° Jogo Duro do Estado". In: Negros e Índios no Cativeiro da Terra. Rio de Janeiro: AJUPIFASE, jun. 1989.

________________. "O Direito Envergonhado (O Direito e os índios no Brasil)". In: Estudos Jurídicos. Curitiba: PUC, n. 1, 1993.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A Ciência do Direito: Conceito, Objeto, Método. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

________________. "Sujeitos Coletivos de Direito: Pode-se Considerá-los A Partir de Uma Referência à Psicanálise?". Palavração. Revista de Psicanálise. Curitiba: Bib. Freudiana de Curitiba, n. 2, out. 1994.

MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. História do Direito Nacional. 3. 00. Brasília: Depto. de Imprensa Nacional, 1979.

MATA MACHADO, Edgar de G. da. Elementos de Teoria Geral do Direito. 3.00. Bero Horizonte: UFMG, 1986.

MAZZEO, Antonio C. Estado e Burguesia no Brasil. Belo Horizonte: Oficina de Livros, 1989.

MEIHY, José Carlos Sebe Bom. "Vieira: a Catequese segundo os Sermões". Anais do X Simpósio Nacional de Estudos Missioneiros. UNIJUí - Campus Santa Rosa, 1994.

MEIRA, Silvio. Teixeira de Freitas: O Jurisconsulto do Império - Vida e Obra. Brasília: 1983.

MENDES JÚNIOR, João. Os Indígenas do Brasil: Seus Direitos Individuais e Políticos. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

MENDES, Antonio Celso. Filosofia Jurídica no Brasil. São Paulo: Ibrasa; Curitiba: Editora Universitária Champagnat, 1992.

MENEZES, Djacir. Tratado de Filosofia do Direito. São Paulo: Atlas, 1980.

MERCADANTE, Paulo. A Consciência Conservadora no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro:

Civilização Brasileira, 1972.

________________. Militares e Civis. A Ética e o Compromisso. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

MIAILLE, Michel. Uma Introdução Crítica ao Direito. Lisboa: Moraes, 1979.

MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. 20. ed. São Paulo: RT, 1991.

MORSE, Richard M. O Espelho de Próspero - Cultura e Idéias nas Américas. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MOTA, Carlos Guilherme. Ideologia da Cultura Brasileira (1933-1974). 4. ed. São Paulo: Ática, 1978.

MOURA, Clóvis. Os Quilombos e a Rebelião Negra. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

________________. Filosofia do Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

NASCIMENTO, Walter V. do. Lições de História do Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

NEDER, Gizlene. "O Direito no Brasil. História e Ideologia". In: LYRA, Doreodó Araújo (org.). Desordem e Processo. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1986.

_______________. Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1995.

NEVES, Luiz Felipe Baêta. O Combate dos Soldados de Cristo na Terra dos Papagaios: Colonialismo e Repressão Cultural. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1978.

NISBET, Robert. O Conservadorismo. Lisboa: Estampa, 1987.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. As Desventuras do Liberalismo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

NOVAIS, Fernando A. "O Brasil nos Quadros do Antigo Sistema Colonial". In: MOTA, Carlos G. (org.). Brasil em Perspectiva. 11. ed. São Paulo: Difel, 1980.

NOVINSKY, Anita. A Inquisição. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1983.

NOVOA MONREAL, Eduardo. O Direito como Obstáculo à Transformação Social. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1988.

OLIVEIRA VIANNA, F. 1. Instituições Políticas Brasileiras. Rio de Janeiro: Record, 1974, v. 2.

PAIM, Antonio. O Estudo do Pensamento Filosófico Brasileiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1979, v. 57.

_______________. A Filosofia da Escola do Recife. 2. ed. São Paulo: Convívio, 1981.

_______________. História das Idéias Filosóficas no Brasil. 3. ed. São Paulo: Convívio; Brasília: INL, 1984. .

PINTO FERREIRA, Luís. Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

PONTES DE MIRANDA, F. C. Sistema de Ciência Positiva do Direito. Rio de janeiro: Borsoi, 1972,1. I e 11.

_______________. Fomes e Evolução do Direito Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PRADO JÚNIOR, Caio. Evolução Política do Brasil. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1980. .

QUEVEDO, Julio. As Missões: Crise e Redefinição. São Paulo: Ática, 1993.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Coimbra: Armenio Amado, 1979.

REALE, Miguel. Horizontes do Direito e da História. São Paulo, Saraiva, 1956.

_______________. Horizontes do Direito e da História. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

_______________. Teoria Tridimensional do Direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

_______________. Filosofia do Direito. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

_______________. Lições Preliminares de Direito. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

_______________. Figuras da Inteligência Brasileira. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; Fortaleza: Universidade Federal do Ceará.

_______________. Miguel Reale na Universidade de Brasília: UnB, 1981 (coleção Itinerárias);

_______________. Memórias. V. I e 11. São Paulo: Saraiva, 1986/88.

RIBEIRO, Darcy. Os Brasileiros: Teoria do Brasil. Petrópolis: Vozes, 1981.

_______________. O Povo Brasileiro. A Formação e o Sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ROCHA, Leonel S. A Democracia em Rui Barbosa - O Projeto Político Liberal-Racional. Rio de Janeiro; Liber Juris, 1995.

ROCHA, Manoel Ribeiro. Etíope Resgatado. SUESS, Paulo (Ed.). Petrópolis: Vozes, 1992.

ROCHA, Osvaldo de Alencar et alii. “O Negro e a Posse da Terra no Brasil”. In: Negros e Índios no Cativeiro da Terra. Rio de Janeiro: AJUPIFASE, 1989.

ROCHA POMBO, José Francisco da. História do Brasil. v. IV. O Regime Colonial. Rio de Janeiro/São Paulo: W.M. Jackson Inc. Editores, s/do RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Ensino Jurídico e Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, 1993.

RODRIGUES, José Hon6rio. Filosofia e História. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

RUSCHEL, Ruy Ruben. “O Direito de Propriedade dos Índios Missioneiros”. In: Veritas. Porto Alegre: PUC, v. 33, n. 153, março 1994.

SAES, Décio. Classe Média e Sistema Político no Brasil. São Paulo: T.A. Queiróz, 1984.

SALDANHA, Nelson. O Problema da História na Ciência Jurídica Contemporânea. 2. ed. Porto Alegre: Escola Osvaldo Vergara, 1978.

_______________. “Rui Barbosa e o Bacharelismo Liberal”. In: As Idéias Políticas no Brasil.

CRIPPA, Adolfo (coord.). São Paulo: Convívio, 1979, v. 1.

_______________. A Escola do Recife. 2. ed. São Paulo: Convívio, 1985.

SANCHEZ RUBlO, David. “Proyección Jurídica de la Filosofía Latino-Americana de la Liberación. Aproximación Concreta a la Obra de Leopoldo Zea y Enrique Dussel”. Tese de doutoramento apresentada na Universidade de Sevilha, 01.12.1994, 710 p.

SANTOS, Sílvio Coelho dos (org.). O Índio perante o Direito. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1982.

SAROTTE, Georges. O Materialismo Histórico no Estudo do Direito. Lisboa: Estampa, 1975.

SCHIAVONE, Aldo. Historiografia y Crítica del Derecho. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1982.

SCHWARTZ, Stuart B. Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial. São Paulo: Perspectiva, 1979.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. O Espetáculo das Raças: Cientistas, Instituições e Questão Racial no Brasil- 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SCHWARTZMAN, Simon. Bases do Autoritarismo Brasileiro. São Paulo: Campus, 1982.

SCHWARZ, Roberto. “As Idéias Fora do Lugar”. Cadernos Cebrap. São Paulo, n. 3, 1973.

SEGURADO, Milton Duarte. História Resumida do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1982.

SHIRLEY, Robert Weaver. Antropologia Jurídica. São Paulo: Saraiva, 1987.

SILVA, Dimas Salustiano da. “Direito Insurgente do Negro no Brasil: Perspectivas e Limites no Direito Oficial”. In: CHAGAS, S. D. (org.). Lições de Direito Civil Alternativo. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SILVA, Justino Adriano Farias da. Pequeno Opúsculo sobre a Vida e Obra de Pontes de Miranda. Porto Alegre: EST, 1981.

SIQUEIRA, Sônia A. A Inquisição Portuguesa e a Sociedade Colonial. São Paulo: Ática, 1978.

SODRÉ, Nelson Wemeck. Formação Histórica do Brasil. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1970.

SOUTO, Claudio. Introdução ao Direito como Ciência Social. Brasília: UnB; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1971.

SOUZA JR., José Geraldo de. Para uma Crítica da Eficácia do Direito. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1984.

SOUZA, José Pedro Galvão de. Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

TARELLO, Giovanni. Cultura Jurídica y Política del Derecho. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

THOMAS, Georg. Política Indigenista dos Portugueses no Brasil- 1500-1640. São Paulo: Loyola, 1982. .

TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R. O Direito e a Ascensão do Capitalismo. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

TODOROV, Tzvetan. A Conquista da América. A Questão do Outro. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

TRINDADE, Hélgio. "Bases da Democracia Brasileira: Lógica Liberal e Práxis Autoritária (1822-1945)". In: LAMOUNIER, Bolivar et alii. Como Renascem as Democracias. São Paulo: Brasiliense, 1985.

TRINDADE, Liana S. As Raízes Ideológicas das Teorias Sociais. São Paulo: Ática, 1978.

TRIPOLI, César. História do Direito Brasileiro. Época Colonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936, v.I.

URICOECHEA, Fernando. O Minotauro Imperial. Rio de Janeiro: Difel, 1978.

VAINFAS, Ronaldo. Ideologia & Escravidão: Os Letrados e a Sociedade Escravista no Brasil Colonial. Petrópolis: Vozes, 1986. .

_______________. (org.). Confissões da Bahia - O Santo Ofício da Inquisição de Lisboa. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

_______________. Trópico dos Pecados. Moral, Sexualidade e Inquisição no Brasil. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

VALLADÃO, Haroldo. História do Direito, Especialmente do Direito Brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo. São Paulo: Perspectiva, 1977.

VEYNE, Paul. Como se Escreve a História/Foucault revoluciona a História. Brasília: UnB, 1982.

VERDASCA, José. Raízes da Nação Brasileira. Os Portugueses no Brasil. São Paulo: Ibrasa, 1997.

VIANA FILHO, Luiz. A Vida de Rui Barbosa. 6. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.

VIANNA, Luiz Wemeck. Liberalismo e Sindicato no Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

VIEIRA, Pe. Antonio. Escritos Instrumentais sobre os Índios. São Paulo: Loyola/EDUC, 1992.

VILA NOVA, Lourival. As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

VILELA, Magno. Uma Questão de Igualdade: Antônio Vieira e a Escravidão Negra na Bahia do Século XVII. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997.

VIOTTI DA COSTA, Emília. “Liberalismo Brasileiro, Uma Ideologia de Tantas Caras”. Folha de São Paulo. 24.02.1985. Folhetim.

_______________. Da Monarquia à República: Momentos Decisivos. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985. .

VITA, Álvaro de. Sociologia da Sociedade Brasileira. São Paulo: Ática, 1989.

VITA, Luiz Washington. Panorama da Filosofia no Brasil. Porto Alegre: Globo, 1969.

VITORIA, Francisco de. Doctrina sobre los Indios. Salamanca: San Sebastian, 1992.

WARAT, Luíz Alberto. A Pureza do Poder. FIorianópolis: Ed. da UFSC, 1983.

_______________. e colaboradores. O Direito e sua Linguagem. 2. versão. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1984.

WEFFORT, Francisco. O Populismo na Política Brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

WEHLING, Amo. “Despotismo Ilustrado e Uniformização Legislativa; o Direito Comum nos Períodos Pombalino e Pós-Pombalino”. Revista Ciências Humanas. Rio de Janeiro: v. 20, n° 1, p. 143-159, jun. 1997.

_______________. e WEHLING, Maria José. “As Origens do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro”. Sociedade Bras. de Pesquisa História (SBPH). Anais da XIV Reunião. Salvador, 1994, p. 135-139.

_______________. e WEHLING, Maria José. “Cultura Jurídica e Julgados do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro: a Invocação da Boa Razão e o Uso da Doutrina. Uma Amostragem”. In: SILVA, Maria B. Nizza da. Cultura Portuguesa na Terra de Santa Cruz. Lisboa: Estampa, 1995, p. 235-247.

_______________. e WEHL1NG, Maria José. “Atividade Judicial do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 1751-1808”. Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro. Rio de Janeiro, 156 (386): 79-92,jan./mar. 1995.

_______________. e WEHLING, Maria José. “O Magistrado no Tribunal da Relação do Rio de Janeiro. Perfil Jurídico-Institucional”. SBPH. Anais da XVI reunião. Curitiba, 1996, p. 157-162.

WOLKMER, Antonio Carlos. Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil. São Paulo: Acadêmica, 1989.

_______________. Elementos para uma Crftica do Estado. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1990.

_______________. Pluralismo Jurídico - Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito. São Paulo: Alfa-Omega, 1994.

_______________. Ideologia, Estado e Direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_______________. (org.). Fundamentos de História do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. (org.). Direito e Justiça na América Indígena: Da Conquista à Colonização. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.

_______________. Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

WOLKMER, Maria de Fátima S. O Caráter Liberal-Conservador da Constituição de 1824. Mimeo. São Leopoldo, out. de 1984.

ZANCANARO, Antonio Frederico. A Corrupção Político-Administrativa no Brasil. São Paulo: Acadêmica, 1994.